

Contrato individual do trabalho

Liberdade de contratar e autonomia da vontade

JOÃO BATISTA DA SILVA

Juiz do Trabalho — Presidente da
Junta de Conciliação e Julgamento
do Cabo — Pernambuco

SUMARIO

Introdução

1. Síntese da evolução: no direito romano e na Idade Média.
2. Apogeu da teoria contratual: fundamentos filosóficos.
3. O individualismo como instrumento da burguesia.
4. O liberalismo econômico como expressão da liberdade e autonomia da vontade.
5. Repercussão no direito.
6. Situação social do empregado no decorrer do século XIX.
7. Liberdade de trabalho no direito romano.
8. Liberdade e autonomia de vontade do operário, no Código de Napoleão.
9. Inadequação da disciplina legal.
10. Conceito clássico e crise da teoria contratual.
11. Liberdade e autonomia da vontade na relação de emprego: posição atual e conclusão.

Introdução

O tema escolhido pode parecer que já tenha sido sobejamente abordado em várias oportunidades. Todo manual ou tratado de direito do trabalho, ao enfrentar o tema contrato individual de trabalho, fá-lo estabelecendo como ponto pacífico, não merecedor de maior aprofundamento, o que diz respeito ao papel da liberdade contratual ou autonomia da vontade. Enquadra-se a relação de trabalho dentro da moldura da teoria contratualista sem procurar investigar — ou fazendo-o superficialmente — se no vínculo consta o elemento tipificador clássico do contrato, qual seja, a liberdade contratual e autonomia da vontade. A presença desse elemento é tomada quase como um postulado.

Ver-se-á, todavia, que na relação de trabalho empregado/empregador nada mais ou pouca coisa ainda resta de autonomia da vontade. Mesmo assim é mais cômodo rotular a relação de trabalho com denominações forçadas, tais como contrato de adesão, contrato-realidade

etc., do que deter-se e perscrutar-lhe, com realismo, a verdadeira natureza com que ela, atualmente, se nos apresenta.

Mister, por isso, afrontar, inicialmente, o conceito genérico de contrato, para nele examinar o elemento que o caracteriza, na teoria clássica, tomando-o desde o seu nascedouro até o momento de seu apogeu para finalizar na observação de sua fase atual.

Com vistas à compreensão da relação de trabalho, far-se-á, ainda, necessário especular também a posição atual da teoria, registrar a crise por que passa e verificar de sua repercussão no campo da relação de trabalho.

Urge fazer uma revisão da forma como evoluiu o conceito de contrato com o objetivo de demonstrar que, na essência, ele sempre foi definido com base nesse ponto essencial, qual seja, o consentimento da vontade que, de acordo com as épocas e as diferentes culturas, ora teve larga e quase absoluta participação no conceito, ora se adelgaçou ou rarefez-se ao ponto de quase não se deixar perceber.

A figura do contrato quase que se confunde com este seu elemento conceitual: consentimento, que é, de sua vez essencialmente vontade (1).

Ter-se-á, outrossim, oportunidade de ver, com a revisão que se fará, o apego quase religioso, o modo ou receio de parte dos juristas, a maioria, mesmo diante da flagrante transformação do conceito, com o desaparecimento, em outras situações, do elemento consensual, de admitir a inexistência da figura contratual, lançando um dos mais variados e artificiais recursos e ficções para se manterem fiéis à figura, ocorrendo o que poderíamos chamar, com a devida vênia, de "ativismo" jurídico.

Não obstante haver a doutrina, desde as épocas mais longínquas, acumulado, em torno da idéia de contrato, material de toda classe, buscando precisar, com exatidão, seu verdadeiro significado, não se pode desconhecer que o elemento consenso — que no decorrer dos tempos veio de tomar várias denominações — foi sempre o traço característico desta figura jurídica que ainda sobrevive em nossos dias, a duras penas. Mas existe e sempre existirá. E o parâmetro que está sempre a lhe fixar as lindes, ampliando ou restringindo-lhe o círculo conceitual, será, sempre, o consenso das partes; excluído isso, o que resta é *status* resultante de disposições legais cogentes onde não se deixa margem para criação pela vontade. No caso de contrato, têm as partes o poder de, dentro de uma margem onde (2) não incide norma (esta sempre estatal) proibi-

(1) CESARE PEDRAZZI. *Enciclopedia del Diritto*, vol. IX, Giuffrè Editore, Milano, 1961, pág. 147.

(2) O Professor LOURIVAL VILANOVA denomina, com justeza, de "espaço juridicamente qualificado" aquele correspondente à área reservada aos sujeitos com possibilidade normativa de fazer ou omitir tudo o que não está proibido, nem está obrigado, mesmo reconhecendo que não se trata de simples possibilidade factual de agir, de mero arbítrio de tomar qualquer comportamento, numa zona em que norma jurídica alguma alcança". *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, págs. 163/164.

tiva ou ordenativa, criar, no exercício da liberdade contratual e *sponte sua*, situações jurídicas às quais se submeterão como se leis fossem.

Por fim, depois de repassar a evolução do conceito de contrato, de fixar os seus princípios e elementos clássicos, cotejar-se-á tudo isso com a realidade sócio-econômica de meados do século passado até meados do presente para ver se as relações de trabalho subordinado se enquadram ou não na teoria das obrigações; se podem ou não se ajustar ao conceito de contrato.

Vale destacar que a revisão do conceito de contrato não é nem deve ser feita somente no campo do Direito do Trabalho. Os civilistas há muito tempo vêm se preocupando com o tema, convergindo suas atenções para o que chamam de "crise de contrato".

1. No direito romano clássico, o termo *contractus* (resultado da expressão *negotium contractum*) tinha significado inteiramente diverso daquele que hoje é adotado, na doutrina e na legislação. Enquanto, em nossos dias, vem ele definido como um acordo, fato voluntário, que dá vida ao vínculo obrigatório, no direito romano, tinham-no como o próprio vínculo obrigatório *in se*, como fato objetivo. O elemento subjetivo que o caracteriza em nossos dias, o consenso, o acordo, só veio destacar-se como traço caracterizador, na fase pós-clássica, no direito bizantino de Justiniano, recebendo o nome de *pactum* (3).

Dada a sua estrutura eminentemente técnica e procedimental, o direito romano, como veremos, não se preocupou com a construção de uma teoria geral e sistemática do contrato, de maneira que, se fizermos uma revisão da história do direito romano, vamos forçosamente concluir que o consensualismo é praticamente ali inexistente.

Mesmo na sua fase clássica, e ainda no direito justiniano, não se cogitava ou admitia que a vontade só, o simples acordo, o *nudum pactum* originasse obrigações, sendo necessário outro tipo de atividade para que pudesse ser fonte de obrigação. O "contrato" realizava-se através do cumprimento de formalidades: a entrega da coisa, a emissão de certas palavras ou o *contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu*. O *contractus consensus*, de sua vez, era assim qualificado por ser a única "categoria" de "contrato" em que as obrigações eram contraídas por consentimento mútuo, sem a exigência de palavras nem escritos especiais; era o único tipo em que ocorria o intercâmbio recíproco de bens e prestações. (4).

(3) Refere-se o Professor WAGNER BARREIRO, na tese intitulada *Liberdade e Dirigismo no Contrato*, Editora "Instituto do Ceará Limitada", Fortaleza, 1955, pág. 12, que ao lado do *contractus*, existia já, no direito romano (não menciona a época), a figura do *pactum* que não tinha força obrigatória. "Só quando se revestia da forma solene exigida" era que se transformava em *contractus* adquirindo a força daquele. A observação do catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito do Ceará vem secundada da autoridade de COLIN et CAPITANT (*Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, Paris, Dalloz, 1920, tomo II, pág. 259).

(4) A. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, edição da Universidade de Navarra, Pamplona, 1968, págs. 338/342.

O direito medieval recebeu, quase por inteiro, a idéia romana. A doutrina civilista medieval permaneceu vinculada à concepção romano-justinianéia, e mesmo acrescentando algumas inovações, não chegou, mesmo assim, ao consensualismo. Adotando a divisão de GAIO, assentou a dicotomia entre os *pacta vestita* correspondentes aos contratos e os *pacta nuda* (pactos), com a conseqüência de que *nudum pactum obligationem actionis non parit* (5).

A respeito da pouca contribuição do direito medieval, neste ponto, adverte FRANCESCO CALASSO que os glosadores — os juristas da Idade Média — não encontraram nos textos justinianeus qualquer elemento seguro que pudesse servir para uma construção dogmática. Ali, não se tinha uma definição satisfatória de contrato, falando-se apenas de tipos especiais de *contractus* nos quais a *conventio* seria o elemento comum gerador da obrigação. Explica o jus-historiador italiano que a razão histórica para tal espécie de lacuna repousaria no próprio sentido da palavra *contractus*, "che in origine aveva significato, genericamente ogni negozio de cui poteva nascere un'obbligazione e solo più tardi si era ristretta a designare la convenzione obbligatoria, che presupponiamo" (6).

Foi precisamente na doutrina do direito comum, começo do século XVI, que se veio de completar, quase por inteiro, a mudança de conceito, abandonando-se completamente a objetividade e formalismo para assentar-se essencialmente no consenso, no *nudum pactum*, a teoria contratual emergente (7).

(5) E. BUSSI, *La Formazione dei Dogmi di Diritto Privato nel Diritto Comune*, Cedam, Padova, 1937, capítulos XIX e XIII.

(6) FRANCESCO CALASSO, *Il Negozio Giuridico*, Giuffrè Editore — Milano — 1967, pág. 245.

(7) Vale destacar que os traços gerais do consensualismo que poderíamos vislumbrar no direito romano, especialmente no tocante ao contrato, têm sua origem na filosofia estoica adotada pelo pensamento romano, especialmente com CÍCERO. Entretanto, o contrato ou aquilo que era tido como contrato no direito romano não se embasava em uma teoria consensual porque era resultado especialmente do direito do Estado. O direito romano jamais pretendeu apoiar o seu consensualismo ou o pretenso consensualismo na vontade nua do indivíduo. O conceito na fase do racionalismo ou individualismo jurídico teve traços originais. Tanto assim que a teoria dos vícios do consentimento não foi satisfatoriamente desenvolvida no direito romano. Somente no fim do império, já na época dos glosadores, foi que a teoria dos vícios do consentimento passou a ser desenvolvida com maior profundidade. Essa a observação de ANDRÉ-JEAN ARNAUD in *Les Origines Doctrinales du Code Civil Français*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1969, págs. 199-201. Adianta ainda o citado autor, no mesmo local, que a vontade aparece no direito romano como elemento assistemático. Não se pode construir com os elementos do direito romano um sistema completo e coerente, em torno da autonomia da vontade, como o fez o direito francês do começo do século XVIII. A vontade nua não criava o direito, destacando o autor, na obra acima citada, que o termo *lex*, nas expressões *contractus legem ex conventionione accipiunt* ou nesta outra *contractus legem dedit*, não tinha o significado de lei que hoje se tem. Demonstra, ainda, o desconhecimento por parte do romano do sentido que se deu à vontade no direito francês do Código Napoleônico, lembrando que o direito romano desconhecia inteiramente o conceito de interpretação da convenção quando se trata de buscar a verdadeira vontade das partes e que se constitui num dos princípios fundamentais do direito civil moderno.

O prestígio do consenso, na relação obrigacional naquele momento, ocorreu em razão de três influências decisivas: de um lado, a ênfase dada pelos canonistas à palavra empenhada em um compromisso e que haveria de ser honrada, independentemente da observância da forma do *pactum*. Embasava-se em princípio ético-religioso que tinha como pecado o descumprir a palavra empenhada.

De outro lado a praticidade dos comerciantes ia de encontro com o formalismo adotado no direito anterior, que dificultava a circulação de bens e a presteza dos negócios. Forçaram, então, a admissão do princípio de que *solus consensus obligat*.

Por fim o individualismo resultante da concepção racionalista do direito natural, da elaboração de GROTIUS e PUFENDORF veio colocar em relevo, já numa antecipação do que se faria no período da Revolução Francesa, a vontade do indivíduo, livre e criadora. (8).

2. O momento mais auspicioso da liberdade de contratar, da autonomia da vontade no contrato, deu-se com o aparecer da filosofia líbero-individualista resultante, imediatamente, do racionalismo dos séculos XVII e XVIII (9). Aquele movimento cultural e filosófico, depois de dar destaque ao indivíduo humano centralizando nele a fonte de todo direito, entronizou a vontade humana atribuindo-lhe caráter de fonte prepulsora do direito; destacou-se quase de forma fanática e, por tal razão, concluindo que cada indivíduo tinha faculdade de criar, por ato de sua livre vontade, uma determinada situação jurídica, que o Estado era obrigado a respeitar. A esfera jurídica de cada pessoa tinha como fundamento e por medida a própria vontade da pessoa e, por consequência, dentro de tal esfera de situação, nada podia surgir nem ser modificado independentemente da vontade do seu titular.

Mesmo a lei colocava-se em situação subalterna à vontade individual, a tal ponto que as doutrinas imperantes, à época, apontavam-na como um mal necessário; até onde fosse possível, a lei não podia penetrar ou intervir nas relações jurídicas dos indivíduos, especialmente no tocante ao direito das obrigações, tendo em vista que era especialmente nesta área do direito privado que ao indivíduo era dado apreciar, melhor do que ninguém, os seus interesses particulares. O contrato era, de fato, lei entre as partes e os contratantes, autênticos legisladores, não se admitindo pudesse decorrer injustiça do contrato que se pactuasse, desde que as obrigações dele decorrentes fossem assumidas livremente.

Ao lado da liberdade contratual, vale ainda mencionar, como fruto de tal filosofia de conotação individualista, a liberdade de propriedade. Possuir significava ser livre, podendo-se dispor do que se tinha de acordo

(8) FRANZ WIEACKER, com proficiência, mostra a vinculação entre a concepção individualista do direito natural e a vontade individual, livre e criadora. In *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, tradução do alemão por FRANCISCO FERNANDES JARDÓN, Aguilar, Madrid, 1957, págs. 218/282.

(9) FRANZ WIEACKER, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, págs. 261/292.

com a vontade que se tivesse, conforme acentua HELMUT COING. As bases do sistema do direito privado da época eram constituídas pela liberdade e pela propriedade. A propriedade se manifestava nos diferentes direitos subjetivos disciplinando a "fortuna" (vermögensrechte), constituindo parte integrante da base do sistema do direito privado (10).

Poderíamos adiantar que a teoria contratual dominou mais o direito privado daquele período do que mesmo o direito de propriedade. Este seria uma consequência dos princípios inerentes à teoria do contrato.

Tão importante foi o conceito de liberdade e autonomia da vontade no contrato daquela época, que o próprio conceito de Estado a ela se encontrava adstrito. O Estado era o resultado da vontade humana, criado pelos indivíduos para manutenção e conservação da espécie humana. O homem sentiu que o exercício pleno da vontade levaria à destruição de si próprio e por isso concordou em abrir mão de parcela de sua liberdade em favor da Sociedade-Estado; este organismo não poderia, entretanto, exigir do cidadão nada mais além da parcela de liberdade que fora sacrificada pelo cidadão. Era a teoria do pacto social, que teve profundos reflexos no campo do direito privado, supervalorizando a vontade do indivíduo. O individualismo dele resultante embasava-se na idéia de que o homem tinha direitos inseparáveis da condição humana, e tais direitos seriam superiores às leis do Estado, o que vinha de significar que nenhuma norma jurídica poderia contrariá-los ou restringi-los. Seriam os direitos que nasceriam com o indivíduo indo integrar sua própria personalidade. Isso levantava limitações ao legislador que não poderia ditar leis que viessem atingir aqueles direitos. A lei civil, estatal, estaria submetida aos preceitos irredutíveis da lei natural.

O centro de irradiação do individualismo era a pessoa humana; daí defluíam muitas e profundas consequências. Além das que já anotamos, resultava que todas as instituições jurídicas, da mais baixa à mais alta, desde a família até a nação e mesmo a comunidade internacional, eram consideradas exclusivamente *sub specie societatis* e, portanto, à luz da figura da liberdade contratual.

Segundo ainda a concepção do individualismo, o direito e a liberdade de movimento dos indivíduos deveriam encontrar seus limites unicamente no direito dos outros, nunca, porém, em obrigações internas para com a comunidade. E só poderia haver "ordem" quando o inte-

(10) In *Archives de Philosophie du Droit*, nº 9, "Le Droit subjectif en question", Sirey, Paris, 1964, artigo sob o título "Signification de la notion de droit subjectif", pág. 2: "La correspondance va en réalité très loin. Les bases du système du droit privé sont la liberté et la propriété. La propriété apparaît dans les différents droits subjectifs régissant la "fortune" (Vermögensrechte), droits qui feront partie intégrante de la base du système. La liberté, elle, apparaît dans la liberté naturelle d'action. Cette liberté naturelle d'action engendre les "actions libres", qui seules peuvent provoquer un changement dans l'univers du droit, fonder des droits et des devoirs nouveaux pour les sujets du droit privé. Selon la conception de la théorie classique du droit privé, ce sont les opérations juridiques d'une part, les délits d'autre part, qui seuls, en principe, suscitent des effets de droit".

resse particular individual conduzisse a uma espécie de coordenação, a uma harmonia. Na realidade, segundo veremos em seguida, os mais fortes dominariam os mais fracos e, em lugar de uma multidão "livre", surgiria o exercício despótico e irresponsável do poder, sob as aparências de liberdade e igualdade.

Não obstante os excessos a que o individualismo deu ensejo, especialmente no campo da economia, sob a forma do liberalismo econômico, não se pode negar que ele nasceu sob a inspiração de garantir ao homem o exercício de suas faculdades de ser humano, especialmente perante o Estado.

Se repassarmos a História, vamos perceber que se tratou de uma reação do homem perante o Estado para conseguir a expressão de seus valores mais característicos. O Estado grego e também o romano se colocaram em posição de amparo e vigilância da vida individual em todas as suas manifestações, de tal forma que impossibilitava o aparecimento de qualquer âmbito ou esfera autônoma de atividade. Tal conceito de Estado, que foi pacificamente adotado por PLATÃO e ARISTÓTELES, veio de persistir, de certo modo, na Idade Média, onde em certas partes o absolutismo sufocou as consciências individuais.

Foi com o Renascimento que se iniciou o primeiro movimento de reação contra o sufoco estatal pelas suas diversas formas. A consciência individual começou nesse período a buscar manifestação através da liberdade religiosa. Em seguida passou-se para outros campos de liberdade, falando-se já em "direitos do homem". Ensaaiaram-se as primeiras meditações em torno dos limites da autoridade do Estado, esboçando-se também já certo tipo de teoria de contrato social, ao mesmo tempo que se começava a distinguir entre direito e moral. Esta distinção foi sobremaneira importante porque deixava já ao homem uma margem de atividade livre da ingerência estatal, i.e., o campo da moral.

O movimento de acentuação de valores individuais veio de receber, ainda, impulso nas Revoluções Inglesa de 1688 e na Americana de 1774, para, finalmente, culminar, na Revolução Francesa de 1789.

Urge não esquecer a influência do pensamento kantiano no sentido do aprimoramento da teoria individualista. Formulou KANT a doutrina segunda a qual o único fim do Estado era a tutela do direito e a garantia da liberdade, não podendo ele chamar a si o encargo de ocupar-se do bem geral, da felicidade ou da utilidade comum, devendo, pelo contrário, constituir-se simplesmente no guardião da ordem jurídica, com fim de garantir a atuação do direito e impedir a sua violação.

3. O apogeu da liberdade contratual coincide ou foi resultado da ascensão e preponderância da classe burguesa, naquele momento histórico. Encontrava-se a burguesia, especialmente na França, a braços com remanescentes feudais de que precisava se desembaraçar urgentemente. A vida social do século XVIII transformava-se com impressionante rapidez. Desenvolviam-se aceleradamente as forças produtivas da

sociedade francesa. As instituições feudais e aristocráticas, uma vez esgotada a sua capacidade de renovação, vinham de ser derrubadas pelo aparecimento de novas técnicas de produção e também por incipientes formas de organização de trabalho exigidas por tais técnicas.

Uma vez que o sistema feudal de produção baseava-se na vinculação do servo à gleba e numa subordinação pessoal do trabalhador ao dono da terra, a constituição de empresas de porte médio e mesmo de grandes empresas, ocupando maior número de trabalhadores, exigia que os servos fossem libertados de toda dependência pessoal, desvinculando-se juridicamente do feudo para que se tornasse possível o aparecimento de mão-de-obra suficiente no mercado de trabalho.

Diante desse quadro, passou a burguesia, então, a exigir franquias e a reclamar liberdade. Foi fácil, para tanto, aproveitar das idéias dos filósofos da época, todos aliás provindos da classe burguesa, com especial destaque, J. J. ROUSSEAU, quem melhor oferece fundamentos filosóficos para a idéia da liberdade (11).

Surgiu, então, a idéia de que o homem é livre, devendo a sociedade e o direito preservar-lhe a liberdade, através da proteção à igualdade (conf. parág. 2 supra). Levantou-se, então, uma bandeira: porque a força das coisas tenderia a destruir a igualdade entre os homens, a legislação e o direito deveriam aparecer para mantê-la sempre.

O liberalismo constituiu-se, em verdade, nada mais nada menos, do que nessa visão interesseira, uma diretriz geral do pensamento burguês da época, quando a burguesia era uma classe em ascensão e queria competir livremente com a aristocracia, segura de que o resultado da competição só lhe poderia ser favorável.

O capitalismo — vale aqui mencionar — prestou-se também ou serviu adequadamente ao objetivo da burguesia; através dele, buscava-se substituir o velho estatuto de propriedade particular. Foram os três conceitos clássicos de que a burguesia se utilizou para poder alcançar a posição que alcançou naquele momento: a soberania do indivíduo/pessoa, a liberdade e autonomia de tal entidade e, finalmente, como consequência lógica, a liberdade, quase ilimitada, de ser proprietário.

A burguesia necessitou da concepção individualista com todas as suas consequências para atingir a posição sócio-econômica que atingira na sociedade da época. A liberdade do indivíduo foi-lhe sobremaneira útil no plano econômico. EDWARD MCNALL (12) declara que mesmo tendo em suas mãos quase toda a riqueza produtiva da época, além de

(11) FRANZ WIEACKER, *op. cit.*, pág. 221. Ver também GUILLERMO CABANELLAS, *Los Fundamentos del Nuevo Derecho*, Editorial Americana, Buenos Aires, 1945, pág. 30.

(12) *História da Civilização Ocidental*, trad. de LOURIVAL GOMES MACHADO e LOURDES SANTOS MACHADO, Editora Globo, Porto Alegre, 1975, págs. 593/594.

controlar os recursos do comércio, da manufatura e das finanças, a classe burguesa, todavia, era vista com maus olhos pela aristocracia, nascendo daí séria rivalidade. Por mais dinheiro que acumulasse um dos membros da burguesia, negociante ou profissional liberal, os privilégios da aristocracia lhe eram negados. Em consequência, por mais dinheiro que acumulassem, não tinham os burgueses influência na Corte, não podiam partilhar das honrarias — lembra curiosamente o citado autor; de tempos a tempos um orgulhoso conde ou um duque consentia no casamento do seu filho com a herdeira de um rico burguês.

Afora isso, revoltava-se ainda a classe burguesa, especialmente os grandes comerciantes, financistas e industriais, por não poder participar do poder político correspondente a sua posição econômica.

Opunham-se os burgueses, ainda, à política mercantilista adotada pela classe aristocrática no momento em que a burguesia ascendia. As concepções dessa escola econômica, de início, em razão do pequeno volume de comércio, ainda ofereciam certa utilidade para o comerciante burguês. Mas, depois que o Estado absolutista começou a impor restrição opressiva à classe burguesa, especialmente de forma indireta, com a concessão de monopólios a companhias protegidas e em mãos aristocráticas, viu-se o comerciante burguês prejudicado e, tendo o alcance da situação desastrosa onde iria parar, passou a lançar mão da liberdade no comércio, instrumento único de defesa.

4. Fez-se do homem indivíduo livre e soberano para utilizá-lo no quadro econômico daquele momento. A economia reclamava a iniciativa particular. Os mecanismos empregados pela economia decorrente do Estado absolutista cortavam os movimentos individuais. Como já tivemos oportunidade de dizê-lo, a indústria não era livre, não havendo também liberdade para o comércio e a profissão. As corporações de ofício funcionando sob os auspícios do Estado não davam ensejo para a escolha de ofícios, tolhendo a iniciativa nos processos de fabricação; fazia-se tudo ante o drástico controle de disciplina administrativa no restrito ambiente corporativo.

A Revolução varreu tal espécie do quadro permitindo o destravamento de todos aqueles freios. O burguês descobrira que, para a exploração de frentes até então inexploradas de riqueza, era preciso liberdade de ação, e os regulamentos administrativos ou corporativos, bem como os princípios de economia adotados pelo Estado, eram um revestimento jurídico que comprimia as forças econômicas de forma contraproducente.

Compreendeu-se, então, especialmente o economista burguês, que era preciso instituir a liberdade de indústria, de comércio e profissão, idéia que estava de acordo com o novo conceito de indivíduo resultante da revolução cultural da época. E o liberalismo econômico foi fruto dessa compreensão. Foi o resultado do aproveitamento do individualismo filosófico que dominou também o direito.

O liberalismo econômico surgido naquele momento exaltava os benefícios do exercício da liberdade de iniciativa particular, com o mínimo de restrição das faculdades individuais, para alcançar o maior volume de lucro. Depois do reinado do mercantilismo, a grande indústria buscou se desenvolver sem constrangimentos, utilizando-se do liberalismo que vinha ao encontro das aspirações econômicas da época. Deu pela sacralidade da liberdade humana, vendo no homem o indivíduo com plena liberdade de atuação no mundo econômico (13).

O liberalismo econômico, *grosso modo*, foi fruto dessa compreensão. Seu teórico mais célebre encarregou-se de patentear que toda intervenção do governo, como era feito nos regimes absolutistas, nas atividades econômicas, dever-se-ia reduzir a mínima expressão (14).

O princípio da autonomia da vontade, transplantada para o campo econômico, passou a funcionar admiravelmente numa sociedade cuja estrutura econômica se apoiava na pequena e média indústria. Dentro de economia deste porte o princípio poderia ser adotado sem inconveniência levando-se em conta que em tal tipo de regime não haveria margem para desnivelamento que acentuasse desproporcionalmente diferenças de condições sociais.

Desta forma, a aplicação do princípio nos quadros econômicos ou na situação econômica daquele momento revelou-se até de certa forma compatível com o regime de pequena exploração; conseguiu-se manter certa igualdade de condições dentro da pequena exploração industrial e comercial daquele momento. Para se ter uma noção da extensão do volume de atividade industrial e comercial da época, basta lembrar, como o faz LA ROCQUE, que a indústria metalúrgica, a mais adiantada do momento, era representada por pequenas forjas empregando dez ou vinte operários (15).

Foi num panorama desta espécie que se aplicou com utilidade o princípio da autonomia da vontade e liberdade de contratar.

5. Mais do que na economia, foi no direito onde o pensamento individualista lançou mais suas raízes. Conforme veremos, a penetração foi de tal porte que ainda hoje sentimos a influência daquela orientação.

(13) JOAQUIM PIMENTA, *Sociologia Jurídica do Trabalho*, 3ª edição, Editora Nacional de Direito Ltda., Rio, 1948.

(14) Ninguém melhor do que ADAM SMITH consegue resumir a orientação e a liberdade do liberalismo econômico: "afastados assim completamente todos os sistemas de preferência ou de restrição, estabelece-se por si mesmo o sistema evidente e simples da liberdade natural. Cada homem, contanto que não transgrida as leis da justiça, tem absoluta liberdade para seguir o seu interesse da maneira que lhe convier e pôr o seu capital em concorrência com os de qualquer homem ou de qualquer classe de homens". *Histórias das Doutrinas Econômicas*, CHARLES GIDE e CHARLES RIST, tradução de EDUARDO SALGUEIRO, Alba Editora, Rio de Janeiro, 1941, pág. 119.

(15) Apud *A Crise do Direito*, ORLANDO GOMES, 1955, Max Limonad, São Paulo, pág. 122.

A noção contratual, de sua vez, dominou em toda sua extensão o direito adotado pela nação, naquele momento histórico. A fé que se tinha nas idéias de ROUSSEAU chegava ao ponto de fazer crer que, no futuro, todo o direito teria conotação contratual (16). HENRY SUMMER MAINE, não obstante sua profunda percepção sociológica, não escapou, também, do arroubo ao adiantar serem as civilizações mais adiantadas, as sociedades mais progressistas, aquelas a tornar o indivíduo livre, independente, autodeterminado como unidade primária da vida social (17).

Chegou-se mesmo a elaborar um conceito de justiça partindo do pensamento individualista: "Tem todo homem a liberdade de proceder como melhor entenda, contanto que não infrinja a igual liberdade de quem quer que seja."

Foi desta forma que o indivíduo, representando uma vontade livre, passou a ser a base do edifício social e jurídico da época a que nos referimos. A liberdade era entendida como a pedra angular que fazia do ser humano o senhor de si mesmo, apresentando-se-lhe aquela liberdade como profundamente respeitável e sagrada. O direito constituía-se, naquele momento histórico, na própria liberdade soberana de que todo homem era titular.

A consagração dessas idéias no campo do direito positivo ocorreu no Código de Napoleão; o princípio da liberdade quase absoluta das partes contratantes revela-se de forma indiscutível: "Le contrat est consensuel lorsqu'il prend naissance de la seule volonté des parties, indépendamment de tout fait matériel" (18).

(16) LUTZ LEGAZ Y LACAMERA, *Filosofia del Derecho*, Casa Editorial — tercera edición, 1972, Barcelona.

(17) Pelo seu valor histórico merece transcrever-se a afirmação do autor: "The movement of the progressive societies has been uniform in one respect. Through all its course it has been distinguished by the gradual dissolution of family dependency and the growth of individual obligation in its place. The individual is steadily substituted for the family, as the unit of which civil laws take account. The advance has been accomplished at varying rate of celerity, and are societies not absolutely stationary in which the collapse of the ancient organization can only be perceived by careful study of the phenomena they present. But, whatever its pace, the change has not been subject to reaction or recoil, and apparent retardations will be found to have been occasioned through the absorption of archaic ideas and customs from some entirely foreign source. Nor is it difficult to see what is the between man and which replaces by degrees those forms of reciprocity in rights and duties which have their origin in the family. It is Contract. Starting, as from one terminus of history, from a condition of society in which all the relation of Persons are summed up in the relation of family, we seem to have steadily moved towards a phase of social order in which all these relations arise from the free agreement of individuals. *Ancient Law*, by HENRY SUMMER MAINE, Geoffrey Cumberlege, Oxford University Press, 1946, págs. 139/140.

(18) *Explication Élémentaire du Code Napoléon mise en rapport avec la Doctrine et la Jurisprudence*, J. J. DELSOL, Paris, Catillon Editeur, Librairie du Conseil d'Etat, 1867, tomo II, pag. 391.

Outra interpretação não se poderia extrair dos termos concisos e claros do artigo 1.101 daquele famoso diploma legal ao definir que "On appelle contrat l'accord de deux volontés tendant à créer une obligation".

Como consequência, a vontade erigiu-se em causa soberana da obrigação. Sobre tal fundamento erigia-se todo o direito obrigacional do Código de Napoleão. O ato jurídico ou negócio jurídico, para usar expressão mais moderna, não poderia nascer senão da vontade real dos contratantes, não se permitindo a intervenção de terceiros e, em especial, do Estado, limitando-se este a assistir, como mero polícia — daí a denominação de *État-gendarme* —, o livre desenrolar das vontades individuais.

Instituiu-se a autonomia da vontade como ponto capital do direito: "les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites" (19); este princípio não poderia ser estabelecido, sem se levar em conta o conceito de pessoa.

O código francês de 1804 foi, assim, o mais lídimo representante da influência burguesa e da autonomia da vontade, no direito daquele momento (20). Foi como que a positivação do princípio de "les hommes naissent libres et égaux en droit; les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune". Sendo iguais e senhores de suas liberdades, a lei seria ou deveria ser uma para todos.

Como consequência, era justamente dessa "liberdade natural" que haveria de defluir a igualdade civil, penal e fiscal do cidadão. Rompeu-se, também, por via de consequência, a limitação à atividade laboral, consagrando-se a liberdade de trabalho em contrário ao regime corporativista anterior (21).

Para a sua época — temos de reconhecer — o Código de Napoleão foi, realmente, um diploma moderno e condizente com a situação da época; além de adotar as idéias nascidas com a Revolução, fixou o direito de uma sociedade que foi ao mesmo tempo individualista, laica e burguesa, conseguindo sintetizar os elementos duráveis e válidos do antigo direito, conciliando-o com o direito revolucionário (22).

6. Quase servil, sem qualquer expressão de dignidade, era a situação do operário perante o empregador no começo do século XIX; seria, portanto, utopia falar em liberdade ou autonomia de vontade naquele momento.

Conforme é dado observar, do que foi exposto anteriormente, dois fatores concorreram para a condição de miserabilidade dos operários

(19) RENÉ SAVATIER, *Les Métamorphoses Economiques et Sociales du Droit Civil d'aujourd'hui*, première série, Panorama des mutations-troisième édition, Paris, Librairie Dalloz, 1964, págs. 21/22.

(20) RENÉ SAVATIER, em magistral síntese, demonstra como as linhas mestras do Código de Napoleão representavam os interesses da burguesia, *op. cit.*, págs. 406/412.

(21) RENÉ SAVATIER, *op. cit.*

(22) Vide ANTONIO AGUILAR GUTIERREZ, "La Evolución del Contrato", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, ano VIII, enero-abril 1955, nº 22, México, DF, págs. 27/49.

durante a primeira metade do século XIX: triunfo do liberalismo econômico e suas conseqüências no campo jurídico e o desenvolvimento da grande indústria.

O crescimento da grande indústria foi devido ao aperfeiçoamento e utilização da máquina, inventada esta que fora em fins do século XVIII; a par desta circunstância deparou-se com o descobrimento de novas substâncias químicas e o aperfeiçoamento de processos técnicos.

De outra parte, as guerras da Revolução Francesa e as de Napoleão exigiram muito do erário, obrigando o Estado a extorquir pesados impostos que sacrificavam os pequenos proprietários de terra; endividados e perseguidos pelo fisco, já sem propriedades, viam-se estes forçados a deixar o campo e estabelecer-se nas grandes cidades em busca de trabalho.

Como conseqüência disso, em torno dos grandes e médios estabelecimentos industriais, nas grandes cidades, agrupavam-se massas de operários provenientes das zonas rurais, somando-se àqueles que já se encontravam desempregados nas cidades onde viviam. Sem trabalho e passando necessidades, na forma tão retratada em *Os Miseráveis*, de VICTOR HUGO, ou no *Germinal* de ÉMILE ZOLA, ou ainda nos contos de MAUPASSANT, todos ofereciam o seu trabalho ao industrial burguês capitalista que, além do dinheiro, contava com um forte instrumento substituto do trabalho humano: a máquina (23).

A utilização da máquina, conseqüentemente, aumentou o número dos desocupados, dando oportunidade aos patrões de diminuir mais os custos com mão-de-obra, empregando, além disso, meninos e mulheres, com salários mais reduzidos; tudo isso concorria para o aumento do índice de desemprego de operários adultos, pais de família (24).

(23) ENRICO CIMBALI, já em fins do século passado, chamava a atenção para a concorrência entre o homem e a máquina, na grande indústria, "onde o operário que é de carne e osso se acha diariamente junto a um operário que é de ferro — a máquina — instrumento inexorável do capitalista que, depois de o haver extenuado e consumido, o despede desapiadadamente de seus empregos; *A Nova Fase do Direito Cível*, tradução do italiano por ADERBAL DE CARVALHO, Livraria Chardron, Porto, e Livraria Clássica, Rio de Janeiro — Editora, 1900, pág. 70.

(24) ENRICO CIMBALI, *op. cit.*, pág. 70.

A utilização da máquina, em concorrência com o homem, chamou também a atenção, em Portugal, de ADOLFO LIMA, que fez o seguinte registro: "a invenção e o emprego de uma máquina ou de um aperfeiçoamento de processos ou de mecanismos, em que o operário-ferro ou aço toma o lugar e produz o trabalho de quatro, cinco e mais operários humanos, também têm os mesmos perniciosos efeitos: novo acréscimo de oferta de trabalho e conseqüente baixa de salário. In *Contrato de Trabalho*, José Bastos editor, Lisboa, 1909, pág. 107.

No mesmo sentido, observa EVARISTO DE MORAIS FILHO: "com o uso da máquina puderam os industriais concentrar grandes massas humanas em grandes locais de trabalho, nas fábricas, nas usinas. Pela divisão técnica do trabalho exigem as máquinas o trabalho coletivo ou cooperativo de muitas pessoas. Por outro lado, para poder explorar essas grandes fábricas, fazia-se mister a concentração de grandes capitais nas mãos de poucos. Nasceu a grande indústria". In *Introdução ao Direito do Trabalho*, vol. I, Forense, 1956, pág. 345.

Enquanto se proclamava, como frutos da Revolução Francesa, a liberdade e a igualdade, ao lado do direito de trabalhar, afirmando-se que cada homem deveria avençar-se com os demais, com liberdade e autonomia, quanto às relações de trabalho, criando-se livremente as obrigações, a realidade era bem outra. A classe burguesa, que havia triunfado com a Revolução, tinha em suas mãos o capital e, em consequência, sem quaisquer princípios morais ou éticos, monopolizava a produção e controlava o trabalho. O operário, de sua vez, "livre e igual" a seu patrão segundo a lei, longe de pactuar com ele as condições em que realizaria as suas tarefas, se viu obrigado a aceitar as condições que lhe eram impostas, pois, do contrário, não encontraria trabalho. A liberdade que a lei lhe outorgava significava na realidade uma opção entre morrer de fome ou viver miseravelmente.

E por cima, ainda, o operário se encontrava só. Só e sem armas para lutar. A união dos operários havia sido proibida na Inglaterra, e mesmo na França, em 1791, já a lei Chapelier não permitia a associação, e (que paradoxo!) justamente com a finalidade de impedir a ressurreição do regime das corporações, que a Revolução tinha extinguido em nome da liberdade e autonomia da vontade. A lei castigava severamente os operários que tentassem reagir contra os patrões. Na Inglaterra, por exemplo, foi imposta pena de morte contra os operários que em desespero começaram a destruir as máquinas existentes nas fábricas por se lhes apresentarem como instrumento de desocupação e miséria.

Mais angustiada e desumana, entretanto, era a situação de mulheres e meninos; de tal forma que chegou a sensibilizar e preocupar as insensíveis autoridades da época. Em 1815, na Inglaterra e em outros países da Europa, começou-se a investigar acerca do trabalho de menores, chegando-se a conclusões alarmantes sobre o futuro da população operária (25). Preocupavam-se os dirigentes políticos, com fundamento não só na necessidade de encontrar uma solução para o problema, levados por considerações de justiça social, como também, e principalmente, por motivos demográficos, pois temiam que as prolongadas e desproporcionadas jornadas de trabalho haveriam de repercutir na saúde dos operários e especialmente dos meninos e mulheres e, por consequência, na diminuição da população. Foi justamente por esta última razão que alguns governos começaram a se preocupar com as condições em que trabalhava o operário e sobre os salários que recebia.

7. Natural que no direito romano o trabalho não tivesse a disciplina jurídica que teve nos últimos séculos, em decorrência da rudimentar intercalação comercial e a incipiência da indústria da época. Convém ainda ressaltar que, durante todo o império romano e até fim da Idade Média, o trabalho braçal executado com fim lucrativo era tido como

(25) "Fueron quizá los mariscales de Napoleón y los generales prusianos quienes dieron las primeras voces de alarma. Al advertir que el perímetro torácico de los reclutas iba disminuyendo en las sucesivas levas, se empieza a sentir la necesidad de regular el trabajo de los menores y el de las mujeres". EUGENIO PEREZ BOTIJA, *Curso de Derecho del Trabajo*, Editorial Tecnos S/A, Madrid, 1950, pág. 67.

vil, não conivente com certos tipos de classes sociais. Só os escravos ou os servos, os primeiros no império romano e os segundos no regime feudal, desenvolviam atividades braçais constituindo sua atividade quase trabalho forçado e eles, objetos ou coisas. A pouca atividade que o cidadão livre podia desenvolver era disciplinada pelo direito romano através da figura da *locatio conductio, operis e operarum*. Em ambos os casos, a atividade desenvolvida destacava-se do seu executor e era tida como mercadoria ou *res*. Inexistia a figura do trabalho subordinado no sentido que damos atualmente a expressão (26).

A situação não era diferente no direito medieval que foi como que, neste ponto, uma continuação do direito romano, conforme veremos a seguir.

Foi mínima a margem de liberdade nas relações de trabalho, no direito romano. A escravidão que era utilizada para a realização do trabalho braçal foi instrumento bastante usado pelo romano, a tal ponto que, nas próprias corporações profissionais, ia-se encontrar, com certa frequência, a presença de escravos (27).

Verdade que existia, também, trabalho "livre", especialmente no começo da história romana; tal espécie de trabalho ia enfeixar-se nas corporações de artesãos. Conforme se pode deduzir de BALELLA (28), a reunião de artesãos em sociedades era promovida pelo Estado romano, especialmente, no começo de sua história, com propósito mais militar do que profissional. A atividade de certas corporações, como a dos carpinteiros

(26) "Assim pensa ainda hoje o homem do vulgo; tal foi em toda a concepção originária. Tinha essa concepção revestido na antiga Roma um tal caráter de intensidade, que se consideraria como uma desonra o fato de se reclamar a paga de um trabalho intelectual. Só o trabalho manual era pago, e por isso também era votado ao desprezo. O salário (*merces*) faz dele efetivamente uma mercadoria (*merx*); alugam-no (*locatur*, de *locus*), compram-no como tal; o patrão leva o homem (*conducere*, levar consigo) como leva a coisa que compra (*emere*, tomar). As expressões que designam o aluguel são identicamente as mesmas, quer elas visem homens livres, quer digam respeito a escravos ou a coisas: o servo ou artífice é um escravo temporário; o seu serviço imprime-lhe uma degradação social (*ministerium*); submete-o a prestações às quais o homem livre deve subtrair-se, e que deve deixar para o escravo (*operae illiberalis*). O serviço do homem livre não é um *ministerium*, mas um *munus*; não consiste em uma ação corporal: a sua atividade é toda intelectual, e é prestado, não com a mira em um salário, mas por benevolência (*gratia*, grátis). Constitui uma complacência (*munificentia*, *beneficium*, *officium*) em relação com a dignidade do homem livre (*liber*, *liberalitas*) e que à outra parte impõe somente um dever de reconhecimento (*gratiae*, *gratum facere* = *gratificatio*). O *munus* pode, entretanto, segundo as circunstâncias, ser pago (*remunerari*) mesmo em dinheiro; mas esta remuneração não é uma *merces*, aparece como *honor*, *honorarium*, como um presente honorífico, que não mancha a honra das partes".

RUDOLF VON JHERING, *A Evolução do Direito*, Livraria Progresso Editora, 2ª edição, 1956, Bahia (não consta o nome do tradutor), págs. 106/107.

(27) JUAN D. POZZO, *Derecho del Trabajo*, Tomo I, Ediar Editores, Buenos Aires, 1948, pág. 16.

(28) *Idem*, pág. 15.

e dos trabalhadores em cobre e bronze, tinha muita importância para a guerra, e o romano da época não podia sobreviver sem a guerra.

A liberdade de trabalho, naquele período, era muito pálida, resumida unicamente no fato de o cidadão escolher um tipo de arte; depois de tal escolha, ela praticamente desaparecia não se lhe dando outra opção senão a de trabalhar até o fim da vida na atividade escolhida. Não podia também exercer sua arte fora dos *collegia* respectivos. O filho era obrigado a seguir a profissão do pai.

Mesmo as corporações que tinham permissão para elaborar seus estatutos, eram inteiramente dirigidas, direta e indiretamente, pelo Estado que, através dessa direção, conseguiu realizar o domínio de todas as atividades laborais.

Nenhuma ou quase nenhuma margem de liberdade tinham os trabalhadores utilizados em certas atividades do Estado, como na de fabricação de material de guerra, minas, obras públicas, cunho de moeda etc; de tal forma que não podiam abandonar o trabalho e, para a identificação, costumava-se marcá-los a fogo; juntavam-se todos por um vínculo de desumana solidariedade: pela falta ou erro de um, respondiam todos.

Ao lado do artesão ou trabalhador livre, e executando grande parte dos trabalhos manuais, especialmente em Roma, encontravam-se os escravos, conquistados pelos romanos através do domínio que faziam por meios belicosos; todo prisioneiro de guerra era convertido em escravo.

Em razão da pouca margem de atividade livre, a instituição do trabalho e as relações que dele se derivavam entre as partes não foram objeto de maior preocupação, nem do jurista, nem do legislador; o enorme predomínio da escravidão minimizava a importância das formas do trabalho livre.

Esse foi, de modo geral, o panorama de atividade laboral durante todo o direito romano, sendo que ao final, no Baixo Império, o trabalho tornou-se mais servil, considerando-se a atividade industrial, não como um direito que devia ser protegido, mas como um serviço cuja execução se poderia exigir. Conforme garante PAUL PIC, de balde se encontra entre as leis romanas qualquer disposição protegendo o trabalho (29).

Pode-se dizer, sem exagero, que toda mão-de-obra utilizada pelo romano era dessa natureza. A economia romana, por isso, era escravagista. A produção industrial repousava sobre o braço escravo. A par disso, apóia-se também sobre o trabalho servil e gratuito daqueles que se encontravam sob a autoridade do *Paterfamilias*. Como se sabe, o *Pater* romano reunia em suas mãos poderes ilimitados, sendo ao mesmo

(29) PAUL PIC, *Traité de Législation Industrielle*, Paris, 1922, n.º 69 e segs.

tempo, senhor, juiz e sacerdote; tal poder era exercido sobre os filhos, a esposa, os agregados e os libertos *operas* que continuavam a prestar serviços ao seu senhor.

Dessa forma, a família bastava a si mesma, sendo desnecessária a utilização de mão-de-obra "livre" que, por tal motivo, existia em pouca quantidade. Para se fazer uma idéia da quantidade de mão-de-obra escrava empregada na atividade econômica romana, basta lembrar o exemplo trazido pelo Prof. REGINALD D. H. FELKER (30), de que, em certos casos, eram empregados mais de quatrocentos escravos nos serviços de uma residência nobre, localizada em área urbana, atingindo a casa de quatro mil, quando se tratava de propriedade rural.

Só com a intensificação do intercâmbio comercial, com o romano abandonando seu isolamento em relação a outros povos, foi que começaram a aparecer formas de trabalho livre, repercutindo na esfera jurídica através do aparecimento do instituto *locatio, conductio operarum* (31).

8. O Código de Napoleão foi diploma legal marcadamente protetor dos interesses da burguesia, conforme já o destacamos, "a été animé d'un esprit favorable aux classes moyennes" (32). Assumindo tal posição, tinha que se colocar, de certa forma, em desfavor dos interesses da classe operária, que nascia mais ou menos naquele momento. Percebeu-se ser impossível cuidar do desenvolvimento do capitalismo burguês, que embasou o movimento que deu origem ao Código, cuidando também, *pari passu*, dos interesses do operário. O crescimento e progresso do primeiro haveria de ter lugar sobre a mão-de-obra farta e "econômica" do operário.

Neste ponto, o Código de Napoleão foi inteiramente antidemocrático, o que não foi percebido pelos juristas que o comentaram nos primeiros anos de sua vigência. Exaltaram-se as qualidades do Código no tocante à abertura realizada respeitante a direitos reconhecidos às classes burguesas: "il représente la liberté acquise au travail, la protection accordée à la faiblesse, la justice assurée au bon droit, l'essence des contrats mieux connue et plus respectée, l'égalité dans les partages solidement établie, la propriété (33).

O operário, destarte, no plano jurídico, ia sendo colocado ao lado do empresário rico; e nessa condição era tido como livre e independente

(30) REGINALD D. H. FELKER, "Apontamentos de História do Direito" — I, in *Revista da Faculdade de Direito de Cruz Alta*, Ano I, nº 1 — 1972, pág. 73.

(31) AGERSON TABOSA, "Do Contrato de Trabalho no Jus Civile Romanorum", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Ceará*, 2ª Fase, vol. XVIII, 1964.

(32) A. TISSIER, "Le Code Civil et les classes ouvrières", in *Le Code Civil. Livre du Centenaire*, Paris, 1904, vol. I, pág. 74.

(33) Apud A. TISSIER, *op. cit.*, págs. 74/75.

para negociar sua atividade física, considerada, à época, como mercadoria ou bem negociável, tanto quanto os demais objetos dos diversos tipos de contrato. Por ser livre, venderia sua mercadoria a quem desejasse, comprando-a, também, o empresário que a quisesse. Tudo deveria ser feito de forma que os indivíduos dessem plena atuação à liberdade de que eram titulares.

Típico exemplo de romantismo o de encarar o hipossuficiente econômico em pé de igualdade jurídica com o hipersuficiente.

Dai vir o contrato de trabalho, sem essa denominação, disciplinado no Código de 1804 sob a rubrica "Du contrat de louage" (Título VIII, Livro III, Capítulo I), definido como "un contrat par lequel une des parties s'oblige à donner à l'autre, pendant un certain temps, et pour un certain prix, la jouissance d'une chose ou de son travail". O artigo 1.710 era mais específico, uma vez que se referia diretamente à prestação de serviço: "le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles" (34).

Nenhum socorro vinha do Código no sentido de proteger o exercício da liberdade do empregado, diante de sua inferioridade econômica. Ficava indefeso perante o patrão. De tal forma se constituía defensor dos interesses da burguesia que, em se tratando de relação de trabalho, a palavra do patrão deveria ser tida como verdadeira em sua afirmação quanto à importância dos salários, ao seu pagamento durante o ano já passado e durante o ano corrente. Tal disposição legal veio de ser revogada no ano de 1868 e, mesmo assim, ainda apareceram juristas que a defenderam à época de sua vigência (35).

Partiu o legislador do Código de Napoleão "da crença partilhada pelos teóricos da Revolução, de que bastava deixar os homens livres na sociedade, cada um entregue às suas próprias forças, para que prosperassem e conseguissem melhor situação na luta pela vida" (36). Lembra o Prof. EVARISTO DE MORAES FILHO, a esse propósito, que LE CHAPÉLIER, ao escrever a fundamentação da célebre lei que lhe tomou o nome, afirmava: "Compete às convenções livres do indivíduo fixar a jornada para cada operário. Compete, em seguida, ao operário manter a convenção que fez com quem o ocupa" (37).

(34) ROGRON, *Code Civil Expliqué*, tomo 2, Paris, pág. 2.249.

(35) JUAN D. POZZO, *op. cit.*, pág. 33. Também EVARISTO DE MORAES FILHO, *op. cit.*, pág. 330.

(36) TROPLONG exprime, "dans sa formule absolue, l'indifférence cruelle qu'on a souvent reprochée à la doctrine individualiste: Laissez l'homme en face des besoins, sans autre espoir que son propre courage pour vaincre l'adversité: il fera des prodiges de zèle, de labeur, de persévérance". Apud A. TISSIER, *op. cit.*, pág. 76.

(37) EVARISTO DE MORAES FILHO, *op. cit.*, pág. 341.

TISSIER, onde o mestre EVARISTO DE MORAES foi tirar o trecho apresentado aqui, acentua realisticamente as conseqüências do individualismo do Código para com a classe operária, através das conclusões de TROPLONG: "les classes pauvres doivent chercher dans l'activité individuelle le principe de leur progrès" et non pas "se traîner servilement à la suite de l'État, pour exiger de lui qu'il se fasse leur nourricier". E finalizava por resumir a indiferença do Código: "laissez l'homme en face des besoins, sans autre espoir que son propre courage pour vaincre l'adversaire: il fera des prodiges de zèle, de labeur, de persévérance" (38). Ou muita ingenuidade ou muita maldade!

De positivo mesmo para o trabalhador, arrimando-lhe um pouco a liberdade na relação contratual, encontrava-se apenas uma disposição perdida: o art. 1.780, não permitindo que uma pessoa tomasse outra a seu serviço por toda vida. Obtemperava ROGRON, comentando o artigo, que "une pareille stipulation serait nulle, car elle est contraire à la liberté individuelle" (39).

9. Bastou pouco tempo para que a disciplina da relação de trabalho feita parcimoniosamente pelo Código de Napoleão e seguida por todo o direito dos países da Europa se apresentasse caduca e irreal. As transformações ocorridas na atividade industrial da época, e que já foram objeto de nossa observação, ensejaram que o detentor do capital utilizasse, a seu bel-prazer, a mão-de-obra operária, levando o indivíduo/operário a situação de extrema pobreza, chegando ao ponto de coisificá-lo.

A desigualdade econômica e o reflexo de tal fato no plano jurídico veio de influenciar, por sorte, a consciência jurídica, dando início a movimentos no sentido de proteger o hipossuficiente. Procurou-se restringir e controlar a liberdade e poderio econômico do forte, subtraindo-lhe parcelas de liberdade no campo jurídico. Passou-se a tratar desigualmente, em nível jurídico, os desiguais no campo econômico.

A reação partiu de vários e diversos setores: inicialmente com os socialistas, SAINT-SIMON à frente. Exigiam eles, entre outras coisas, maior participação do Estado em matéria de legislação buscando humanizar certos setores do direito civil voltando suas baterias principalmente em favor do operário. Já em 1829 BAZARD duvidava de que a participação do operário no arrendamento ocorresse de forma livre, como estatuaía o Código. E era peremptório ao dirimir a dúvida, batendo-se pela negativa: "elle ne l'est pas puisqu'il est obligé de l'accepter sous peine de la vie, réduit comme il l'est à n'attendre sa nourriture de chaque jour que de son travail...". Ainda com realismo fixava ele a posição do operário perante o Código: "l'ouvrier se présente comme

(38) Apud A. TISSIER, *op. cit.*, pág. 76.

(39) ROGRON, *op. cit.*, pág. 2.362.

le descendant direct de l'esclave et du serf... Dans cet affranchissement légal, il ne peut subsister qu'aux conditions qui lui sont imposées par une classe peu nombreuse, celle des hommes qu'une législation, fille du droit de conquête, investit du monopole des richesses, c'est-à-dire du droit de disposer à son gré, et même dans l'oisiveté, des instruments de travail" (40).

"Livré" e "igual" ao patrão, por declaração solene da lei, o operário, longe de discutir as condições de trabalho, via-se obrigado a aceitar as que lhe eram impostas, sob pena de não encontrar trabalho — segundo registra JUAN POZZO, que vai mais além descrevendo o operário padrão da época: "verdaderos proletarios en la acepción latina, pues no tienen otros bienes que sus hijos, a quienes debían alimentar y vestir" (41).

Também o Estado, forçado por interesses demográficos e de humanidade, foi obrigado a interferir nas relações trabalhistas, o que fez através da legislação. Procurou tornar mais humanas as relações entre o capital e o trabalho; saiu de sua posição de mero espectador para não permitir que o forte aniquilasse o fraco, o que ocorreria se continuasse a desigualdade no campo econômico, nas proporções daquela época; a livre concorrência que o liberalismo pretendia para os mercados era instrumento que só beneficiaria o forte.

Compreendeu-se que o interesse social coletivo era maior do que o individual.

Passou-se, então, a minorar e limitar os termos da teoria contratual clássica despontando a idéia de que os contratos não nasciam da vontade do homem, mas da lei. Novos princípios passaram a ser aceitos

(40) BAZARD, *Doctrine de Saint-Simon*, I, pág. 175, apud TISSIER, *op. cit.*, págs. 76/77.

(41) POZZO, *op. cit.*, pág. 38.

Sem a intervenção estatal e titular de uma fictícia liberdade, o operário mesmo aniquilado do ponto de vista econômico era titular do direito de consentir ou não na celebração do contrato onde alugava uma força física. GEORGES CORNIL, nos idos de 1895, dá uma idéia de tal situação irreal: "Le louage de services, comme tous les contrats, implique le libre consentement des parties. Il y a lieu de lui appliquer les articles 1.109 et suivants du Code Civil, et notamment ce contrat sera entaché de nullité si l'une des parties verse dans une erreur ou est victime de violence ou de dol.

Mais le consentement des parties qui contractent un louage de services n'est pas seulement soumis à ces règles générales applicables au consentement à tous les contrats. Dans le louage de services des ouvriers industriels, le libre consentement des parties contractantes est en outre soumis à toute une série de restrictions commandées par l'intérêt général et la morale publique.

Le moment est venu d'examiner en détail ces différentes restrictions. Nous les envisagerons séparément selon qu'elles s'appliquent à l'un ou à l'autre des deux objets du louage de services (*res et pretium*), et c'est dans le cours de cette étude que nous aurons surtout l'occasion de déterminer dans quelle mesure le législateur a le devoir d'intervenir dans les relations entre patron et ouvrier. In *Du Louage de Services ou Contrat de Travail*, Thorin & Fils Editeurs, Paris, 1895, págs. 41/42.

pelo legislador; permitiu-se a intervenção do Estado nos contratos concluídos entre particulares, admitindo-se ainda que o Estado-Juiz pudesse intervir naqueles contratos que prejudicassem ou viessem a prejudicar a ordem jurídico-social, mesmo independente da vontade das partes contratantes.

Vale destacar, por último, como causa da transformação do rigorismo do tratamento do Código de Napoleão no tocante às relações de trabalho, o aparecimento de organismos reunindo empregados de uma categoria. Juntos podiam os empregados ou operários exigir ou defender os seus interesses diante da superioridade econômica do patrão. O instrumento utilizado com esta finalidade por estes organismos, os sindicatos, veio de se construir nos contratos coletivos, não se podendo desconhecer que até estes instrumentos, criados no sentido de proteger o operário, se encarregam, paradoxalmente, de, em muitos casos, anular a pouca liberdade individual do operário. Mas não desenvolveremos agora este tema, já que estudamos o contrato individual do trabalho.

Merece, entretanto, se frise, como o faz **EVARISTO DE MORAES FILHO**, que tais acordos coletivos se constituíram meio de chamar e exigir a intervenção do Estado. Eis sua lição: "E dessas agitações, enquanto o Estado não se decidia definitivamente a intervir, enquanto não se modificava a mentalidade das classes dirigentes, iam os operários e patrões ultimando entre si verdadeiros contratos coletivos de trabalho. Eram acordos coletivos que surgiam espontaneamente fora da legislação do Estado, trazendo paz, pelo menos momentaneamente, para as classes produtoras" (42).

10. Partindo da tradição romana, depois de receber a pouca contribuição do direito medieval, a concepção clássica do contrato atravessou diferentes fases, indo receber sua consagração no direito do século XIX, especialmente no Código de Napoleão, para permanecer, ainda hoje, a orientar o direito moderno; a duras penas e sob o ataque que parte de todos os lados, ele ainda persiste, conforme veremos.

O direito de quase todas as nações do Ocidente continuou, na esteira do Código de Napoleão, a tipificar a obrigação contratual, como o intercâmbio de consentimento, das partes. Ato jurídico bilateral, resultante do acordo de vontade de duas pessoas, situadas no mesmo plano jurídico, com autonomia para criar um estatuto a que se submeteriam por livre e espontânea vontade. Como soa com certo toque de ingenuidade ou mesmo de romantismo o ensino de GOUNOT já em 1912: "deux personnes d'identique situation juridique et de puissance économique égale exposent en un libre débat leurs prétentions opposées, se font des concessions réciproques et finissent par conclure *un accord* (grifo nosso)

(42) **EVARISTO**, loc. cit., pág. 347.

dont elles ont posé tous les termes et qui est bien véritablement l'expression de leur commune volonté" (43).

Também no sentido do "common law" do século passado, até começo do presente, imperava o dogma da teoria da vontade, constituindo um autêntico "new central organizing principle", através do qual formava-se uma completa técnica de administração de relações contratuais, orientada pelo princípio da "liberdade" de contratar e da autonomia da vontade, na fixação do tipo e do conteúdo do contrato.

A princípio, abria-se exceção da "will theory", permitindo-se a intervenção judicial, no sentido de fixar o "justo preço" quando o contrato, nesse ponto, fosse contrário à "equidade" (44).

Ao final do século XVIII, todavia, em famosa página "upon the law of contract and agreements", POWELL insistia em que se devia adotar,

(43) "Le Principe de l'autonomie de la Volonté en Droit Privé", apud GASTON MORIN, *La Révolte du Droit contre le Code*, Paris, 1945, pág. 22.

Para LACAMBRA, "Ser libre jurídicamente significa estar en situaciones de derecho subjetivo y desenvolver-se en ellas con la seguridad de lograr los efectos normales y de no ser impedido en el uso de las propias facultades sino por normas jurídicas regularmente establecidas (aparte el caso de abuso de derecho).

El contenido y la extensión de la libertad jurídica varían grandemente. En un cierto sentido, toda libertad jurídica es libertad política (en cuanto que el Estado se identifica desde el punto de vista jurídico, con el Derecho; y si la libertad es participación en el proceso de creación jurídica, toda libertad es política puesto que participa en el Estado). Pero, estrictamente, la libertad política implica en sentido positivo la participación directa o indirecta en la creación de las normas jurídicas generales legisladas, y, en sentido negativo, el que no sea un deber jurídico la abstención de determinadas actividades, vg. la emisión del pensamiento sobre la forma y la marcha del Estado. La falta de libertad en el primer sentido constituye — en concurrencia con otras circunstancias — la tiranía, el despotismo o la dictadura. El Estado autoritario implica también una técnica de la adhesión del pueblo a la institución estatal y a las normas legisladas emanadas de sus órganos. Pero es característica de este tipo de Estado la restricción de la libertad política en su segundo sentido, mediante la planificación y la dirección estatal de la propaganda.

El problema de la libertad jurídica se relaciona con lo que en la ciencia jurídica se conoce con el nombre de "autonomía de la voluntad", esto es, el poder reconocido a la voluntad humana de dominar incontratadamente sobre un ámbito que el orden jurídico somete a su señorío.

Es lícito objetar que la voluntad psíquica concreta del hombre carece en cuanto tal de "poder" sobre las demás voluntades y que su "autonomía" no le pertenece por "derecho propio" sino como concesión y creación del orden jurídico. Pero lo que hay de verdad en esta doctrina es la afirmación de una esfera de libertad jurídica, la cual, ciertamente, es creación del Derecho, pero bien entendido: no una creación caprichosa, como si perteneciese al arbitrio del legislador conceder o no libertad jurídica, y como si el Derecho consistiese en las disposiciones arbitrarias del legislador, sino creación necesaria, porque el Derecho es forma de vida que existe por y para la persona humana en su dimensión social y al existir crea personas jurídicas, sujetos de derecho, a los que pertenece ontológicamente la libertad de derecho". *Op. cit.*, págs. 771/772.

(44) V. FULLER e FISEUBERG, *Basic Contract Law*, St. Paul Minn., 1964, págs. 121 e ss.

urgentemente, uma política diversa, que não deixasse espaço para a valoração judicial de ordem equitativa, nem para o controle em termos de "fairness" sempre exposto ao risco de arbítrio, ou em contraste com a necessidade de garantir a autonomia do cidadão ao máximo de liberdade para administrar o comércio e a circulação da riqueza, segundo a lógica de "freedom of contract" (45).

O dogma da liberdade da autonomia das partes saiu vitorioso: "o juiz não poderia contratar no lugar das partes".

O acordo recíproco das partes, o consenso destas é, em rigor, elemento essencial da existência e o próprio fundamento do contrato, nos moldes do direito civil tradicional (46). Sem o consenso, o entendimento, a combinação de vontades, não existirá o contrato. Esse é um ponto que deve ser bem destacado no momento em que se observar a natureza da relação de trabalho a que se batizou de contrato individual de trabalho, o que se fará no final deste ensaio.

Não obstante falar-se tanto de evolução, transformação, desaparecimento mesmo do contrato, tudo isso em decorrência da variação da liberdade e da vontade dentro do conceito, vamos constatar que boa parte da doutrina, e principalmente aquela que é transmitida no ensino universitário, ainda conceitua o contrato considerando-o através dos seus clássicos elementos. Prega-se, ainda, que dois são os princípios sobre que ele se embasa: 1º a liberdade contratual, consistente no poder do sujeito de modificar situações, fixando-lhes a disciplina (47). Cada indivíduo tem a faculdade de criar, por ato de sua livre vontade, uma determinada situação jurídica, que o direito objetivo deve respeitar.

(45) In both teoretical models — that of the law of contracts and that of liberal economics — parties could be treated as individual economic units which in theory enjoyed completed mobility and freedom of decision". FRIEDMAN, *Contract Law in America*, New York, 1965, pág. 20.

(46) ROBERTO DI RUGGIERO, *Instituições de Direito Civil*, tradução de ARY DOS SANTOS, Lisboa, 1937, pág. 22.

(47) FRANCESCO MESSINEO, com a sua autoridade de civilista, apresenta um rol de acepções para a expressão "liberdade contratual", a saber: a) ... che nessuna delle parti può imporre unilateralmente all'altra il contenuto, o singole clause, del contrato e che questo deve essere il risultato del libero dibattito fra esse; b) ... significa che dalle parti a loro libito: ossia, é consentita l'autodeterminazione delle concrete clause contrattuali". *Il Contrato "in genere"*, tomo I, Dott. A. Giuffrè-editore, Milano, 1968, págs. 41/43.

GUSTAVO RADBRUCH, de sua parte, define e mostra a correlação entre os conceitos de "liberdade de contrato", "autonomia da vontade" e de "liberdade individual". Vale repassá-lo:

"... a teoria da vontade é a doutrina que sustenta a obrigatoriedade do contrato apenas nos limites daquilo que foi efetivamente querido pelas partes — não é de modo algum uma conclusão lógico-jurídica, ou de direito natural, imposta por uma necessidade do pensamento. Não é a vontade que vincula, podendo

(Continua)

Ao lado desse, assenta-se ainda o segundo princípio, a saber, uma vez celebrado, tem o contrato força obrigatória perante as partes, impondo-se tanto às partes quanto ao juiz (48).

Posição romântica, como já o dissemos, a de reconhecer a liberdade no plano jurídico, sem levar em conta a situação econômica dos interessados. Dessa forma passamos a perceber a desproporção que existia na relação jurídica, onde dificilmente acontece a proporcionalidade, a igualdade econômica dos contratantes, "les uns colossaux, les autres infimes", de tal forma que a autonomia da vontade "cessait d'avoir

(Continuação da nota 47)

dizer-se, pelo contrário, que, ainda quando a obrigatoriedade do contrato se acha fundada na vontade, ainda então ela não se acha associada a esta senão por virtude da lei. Como a respeito da propriedade, também a respeito dos contratos a teoria da lei, ou "teoria legal" (legal-theorie), conserva a sua razão de ser. Porém, no terreno desta teoria, surge novamente — embora conceitos lógico-jurídicos, mas como duma luta entre princípios filosófico-jurídicos — a discussão entre a teoria chamada da *vontade real* e a teoria chamada da *vontade declarada*. A questão resume-se no seguinte: até que ponto deve a lei julgar decisiva, para a obrigatoriedade dos efeitos do contrato, a *vontade real* das partes contratantes, e até que ponto deve julgar decisiva a sua vontade simplesmente *declarada*? Nesta discussão acham-se, uma vez mais, frente a frente, como é sabido, os interesses da autonomia da vontade e os da segurança do comércio jurídico, os da liberdade individual e os da paz social — ou seja, a concepção individualista e a social do direito. A concepção individualista exige que os contratos só obriguem até onde chegue a vontade real (teoria da vontade real), e, por outro lado, que os contratos obriguem sempre e até onde essa mesma vontade chegar (liberdade contratual). A concepção social do direito opõe, contudo, a esta doutrina os dois princípios seguintes: primeiro, os contratos devem obrigar, não apenas até onde chegar a confiança que a outra parte depositou na declaração (*teoria da declaração*); segundo, os contratos não são pura e simplesmente obrigatórios nos limites da vontade real, mas podem deixar de sê-lo por muitas espécies de motivos e considerações (teoria das limitações à liberdade contratual).

Limitações legais à liberdade contratual mostraram-se sempre necessárias, porque é a própria liberdade contratual que no seu processo dialético tende a limitar-se a ela própria e por vezes se anula. Em todos os tempos lhe foram postos limites resultantes do meio social, ou do "milieu contractuel", em que ela se move. No contrato de compra e venda, por exemplo, o preço não só é determinado pelos contratantes, mas também por todos aqueles que celebram contratos desta espécie sobre objetos da mesma natureza, ou seja, pelo mercado. Além disso, só numa sociedade onde todos tivessem uma igual força social, numa sociedade de pequenos proprietários, é que a liberdade contratual poderia, como é óbvio, ser uma liberdade igual para todos.

Desde que os contraentes se distinguem entre proprietários e não-proprietários, a liberdade contratual não pode deixar de se transformar numa liberdade dos mais fortes, de imporem a sua vontade aos mais fracos, acompanhada da necessidade para estes de terem de aceitá-la. A proporção, pois, que a economia livre se transforma numa economia capitalista, tanto mais a liberdade contratual dos indivíduos vai sofrendo limitações impostas pelo predomínio econômico dos grupos. E se foi a liberdade contratual de grupos e associações de toda espécie, verifica-se, por outra banda, que são esses mesmos grupos e associações que cada vez mais a vão limitando.

Filosofia do Direito, tradução de L. CABRAL DE MONCADA, Coimbra, 1961, págs. 50/52.

(48) V. ANTONIO AGUILAR GUTIERREZ, "La Evolución del Contrato", in *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, ano VIII, nº 22, 1955, págs. 27/48.

un sens, devenait en réalité unilatérale, ne fonctionnant qu'en profit du plus fort, réalisant à coup sûr l'écrasement du plus faible" (49).

Outro golpe de monta que veio de recair sobre o conceito de contrato foi o da concentração de grandes capitais na formação das grandes empresas que oferecem serviços ou outros tipos de bens necessários para o consumidor individual, o público em geral, tais como empresas de transporte, securitárias, de eletricidade e tantas outras. As relações contratuais envolvendo o fornecimento do bem ou consumo ao consumidor são entabuladas sem qualquer participação deste, que é obrigado a aceitar as condições impostas sob pena de não conseguir o bem ou serviço; são os "contratos de adesão". O generoso JOSSERAND ainda qualifica de "contrato" a tal relação, mesmo reconhecendo que ali l'autonomie de sa (do consumidor) volonté est réduite au minimum", indo a ponto de constatar que o contrato de adesão "est un contrat stéréotypé, standardisé, sans autonomie (grifo nosso) de volonté de la part de l'adhérent, parfois même sans liberté de détermination effective" (50).

No direito atual ainda deparamos com posições doutrinárias orientadas no sentido do direito civil ou privado clássico. O direito da pessoa ao livre desenvolvimento de sua personalidade ainda é definido, sem restrições, por muitas correntes através do princípio da liberdade de contratar ligado umbilicalmente ao da autonomia privada ou da vontade. Ainda se advoga que, no exercício dessa liberdade, o indivíduo, como sujeito de direito, tem o poder de decidir livremente se lhe interessa ou não celebrar um contrato, cabendo-lhe, com igual independência, escolher a pessoa com a qual deseje avençar-se, assegurando-se ainda aos contratantes a prerrogativa de estatuir o conteúdo dos negócios jurídicos.

Queira ou não queira, os princípios informadores da teoria contratual passaram por radicais transformações, podendo-se mesmo adiantar que desapareceram no conceito de contrato; vivemos no momento daquilo que se poderia chamar a "crise do contrato", que teve como causa mais acentuada a evolução desproporcional da economia.

Efetivamente, a liberdade contratual e sua consequência, vale dizer, a abstenção do Estado na formação e celebração dos contratos, encontravam-se em plena harmonia com a realidade econômica e social do momento em que os princípios foram elaborados e aceitos; harmonizavam-se, como já o dissemos, como a pequena indústria e o incipiente comércio, permitindo-se ver certo equilíbrio e igualdade, do ponto de vista econômico, entre os indivíduos.

O desenvolvimento industrial, a intervenção estatal para a reposição do equilíbrio econômico perdido desfigurou o conceito de liberdade

(49) JOSSERAND, "Tendances Actuelles de Droit Civil" in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tomo 36, ano 1937, Recueil Sirey, Paris, 1937, pág. 4.

(50) *Op. cit.*, pág. 9.

contratual. Necessitou-se, então, fazer revisão do próprio conceito de contrato, o que se procedeu pelo exame dos seus aspectos fundamentais. Esforçaram-se os juristas, diante da mudança, no sentido de harmonizar ou adequar a clássica figura jurídica à realidade contemporânea; buscou-se e busca-se, ainda hoje, adaptar o contrato de tipo clássico a um mundo econômico e socialmente desordenado.

A intervenção do Estado já mencionada em páginas anteriores é o elemento de maior expressão na descaracterização da teoria clássica do contrato. Tal intervenção tem lugar diante de poderosas razões de índole social, econômica ou moral e se manifesta de diversas formas, a começar pela promulgação de leis imperativas ou proibitivas ou mesmo intelramente dispositivas. São normas imperativas, irrenunciáveis pelas partes contratantes e vindo ao encontro do economicamente fraco. É o nascimento do *direito do fraco*, advogado por RIPERT (51).

Além desse tipo de intervenção, assume também o Estado outra forma de interferência, a que JOSSERAND chamou de dirigismo contratual; tal dirigismo efetua-se ora por via legislativa, ora através do poder judiciário; na primeira forma, baixa leis e decretos dirigindo a atividade contratual, determinando o conteúdo mínimo dos contratos ou fixando garantias coletivas.

A intervenção sob forma judicial dá-se ao se facultar aos juizes, quando da apreciação de casos concretos, adaptem o conteúdo contratual à realidade econômica e social, mesmo indo de encontro da vontade das partes.

A tal ponto chegou a descaracterização da autonomia da vontade ou liberdade de contratar que já se fala em uma espécie de "contratação coativa" que compreende uma série de obrigações de contratar, classificadas por LARENZ em três grupos:

- a) obrigações de contratar dos concessionários de serviços públicos;
- b) obrigação de contratar quando a recusa contraria os bons costumes;
- c) obrigação de contratar derivada da economia dirigida, estabelecida nas normas coativas de regulamentação do mercado (52).

(51) *O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno*, tradução de J. CORTEZAO, Saraiva, São Paulo, 1937.

Há também referência de HENRI DECUGIS sobre esse ponto: "La liberté des contractants subit des restrictions très variables suivant les époques. Ces restrictions sont inspirées, la plupart du temps, mais non toujours, par le souci qu'ont les pouvoirs publics de protéger les faibles (grifo nosso) contre les abus provenant de l'autre partie contractante". *Les Etapes du Droit*, vol. I, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1946, pág. 195.

(52) *Direito Econômico*, Salvador — Bahia, 1975, ORLANDO GOMES (apud), pág. 87.

Só muito apego à tradição poderá fazer classificar tal espécie de "contratação coativa" de contrato. O próprio ORLANDO GOMES, defensor da contratualidade da relação de trabalho subordinado, chega a chamar de extravagantes figuras que tais, incluindo entre elas o "contrato coativo, o contrato necessário, o contrato regulamento, o contrato dependente de autorização, o contrato normativo, o contrato coletivo e outros, que reclamam empenho dos estudiosos do direito para sua elaboração dogmática (53).

Não são poucos os juristas que andam a buscar, ainda hoje, recursos doutrinários para socorrer a teoria contratual; de certo que temem ou tremem diante da idéia de reformular quase todo o direito privado, que se levanta por sobre a teoria contratual clássica; seria um golpe mortal para o direito privado, que dele já se vê desgarrar o direito de família, se o direito contratual dele se separasse.

Dai merecer encômios a coragem de M. GASTON MORRIN, ex-decano da Faculdade de Direito da Universidade de Montpellier, ao reconhecer, rebatendo tese de JOSSERAND, que nos casos do chamado contrato "dirigido", nada mais existia de contratualidade.

O mestre de Montpellier não afirmava o desaparecimento do contrato: demonstrava, todavia, que as relações jurídicas, ou muitas situações jurídicas provocadas pela realidade sócio-econômica do nosso tempo (isso em 1937) não poderiam se enquadrar dentro do conceito de contrato. Tachava a argumentação de JOSSERAND de contraditória e demonstrava que: "le dirigisme opère une dénaturation si complète du contrat qu'il le fait disparaître; que la doctrine a le devoir d'élaborer des concepts répondant aux exigences du réel" (54).

É realmente necessário, para se manter dentro de sistema coerente, posicionar-se como fez o famoso sociólogo do direito, DURKHEIN: "Les seuls engagements qui méritent le nom et qui n'ont d'autre origine que cette libre volonté. Inversement, tout obligation qui n'a pas été mutuellement consentie n'a rien de contractuel" (55).

11. Eis chegado o momento de indagar-se o que realmente existe de liberdade ou autonomia de vontade no denominado contrato de trabalho; ou de forma equivalente, o que resta de contratualidade na relação trabalhista.

Parece questão inteiramente teórica, sem reflexo, o estar a fazer tais indagações. É só aparente a impressão, todavia. A importância da

(53) *Op. cit.*, pág. 87.

(54) "Les Tendances Actuelles de la Théorie des Contrats", in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tomo 36, ano 1937, Recueil Sirey, pág. 558.

(55) Apud GASTON MORIN, *op. cit.*, pág. 559.

questão se revela em vários e fundamentais problemas práticos, tais como, por exemplo, nos efeitos resultantes da validade de "contrato" de trabalho pela ocorrência dos diversos vícios que podem inquinar o negócio; no caso da discussão em torno da natureza relacional que junte o Estado e aqueles que prestam alguns dos seus serviços públicos, e cuja relação dificilmente poderia ser considerada como contratual, se se admite a tendência em ver em todo o ato do Estado um reflexo do poder público, sem plena assimilação a uma contratação privada.

Desponta ainda a importância da questão — é RAFAEL CALDERA quem o destaca — naquelas hipóteses de prestação de serviço sem a existência ou traço de convenção ou convênio; na apreciação da natureza jurídica da relação surgida no caso dos mutilados de guerra empregados em virtude de leis de emergência, durante os períodos de após-guerra; no tocante à atividade dos vadios, ainda na Europa, recolhidos para limpar as neves das ruas ⁽⁵⁶⁾.

Emerge, ainda, e por fim na apreciação daqueles casos em que o empregado ou trabalhador engaja-se no serviço da empresa (especialmente quando se trata de pessoa jurídica) sem o consentimento, permissão ou mesmo conhecimento de seu proprietário ou pessoa responsável pela admissão do pessoal.

Vale, em arremate, lembrar a praticidade da questão no exame do tipo de relação surgida entre o Estado e os diversos tipos de flagelados nas frentes de trabalho criadas por ocasião das secas ocorridas no Nordeste, para terminar com a observação de que se por acaso se concluísse não ser de natureza contratual a relação jurídica vinculadora de empregador e empregado, ter-se-ia de reformular toda a sistemática do direito do trabalho que se assenta, primordialmente, sobre o contrato individual de trabalho.

Examine-se sem qualquer preconceito a realidade que nos rodeia, e forçoso é conciliar que dos traços característicos do contrato clássico nada mais existe na relação do trabalho. Até mesmo ao jurista que lida com o *direito obrigacional* não é mais dado desconhecer tal desaparecimento, conforme tivemos oportunidade de demonstrar.

Foi justamente levado pela constatação desta realidade que o Estado-Legislador veio de se interpor na relação buscando garantia, não digo nem mais o exercício da liberdade contratual do empregado, mas sim do seu direito de sobreviver, de manter-se ainda como pessoa humana.

Com esse objetivo, a carga estatal recaiu, sobremaneira, sobre a liberdade de contratar do empregador, o hipersuficiente na relação.

(56) *Relação de Trabalho*, tradução de CARMEN RUSSOMANO, Revista dos Tribunais, 1972, pág. 3.

Buscou-se minimizar-lhe o poder econômico, na relação, até ao ponto de deixá-lo à altura do débil, insignificante poder do empregado (57).

Reconhece ORLANDO GOMES (58) que “esse desiderato pode ser alcançado, realmente, por vários meios. Dentre os processos técnicos utilizados, o de mais longa aplicação tem sido o de ditar leis imperativas para disciplinar o conteúdo dos contratos nos quais a desigualdade econômica e social das partes não permite o rendimento normal do princípio da autonomia da vontade. A função de tais leis é impedir que o mau uso da liberdade de contratar enseje a uma das partes a possibilidade de fixar soberanamente os efeitos do contrato, impondo a vontade de condições lesivas. Em síntese, a lei, limitando, em caráter geral, a liberdade de contratar dos que se encontram em determinada situação, exerce uma ação profilática contra uma lesão potencial”.

Boa parte da doutrina, aqui e fora do País, admite a *contratualidade* da relação de trabalho, e com isso concluiu pela presença da liberdade contratual e autonomia da vontade (59).

Temos que se poderia, talvez, chegar a tal conclusão, observando as relações de trabalho em que o empregado possua boa qualificação profissional. Essa condição, e tendo em vista o mercado nacional, p.e., reduz para, no mínimo, 20% a possibilidade do exercício ou da presença dos dois princípios na relação de trabalho. A percentagem restante, todavia, não estaria em condições de proceder da mesma forma. Ou trabalha abocanhando o serviço que se lhe oferecer, ou se vê às portas da miséria.

Obrigado a empregar-se para poder sobreviver, sem condições de opção, ele “concorda” ou é obrigado a concordar com as condições ou cláusulas que lhe são impostas pelo empregador.

A intervenção estatal vem, nesse ponto, justamente para evitar a coisificação ou o esmagamento da “pessoa humana”.

(57) O culto jurista italiano, falecido na flor dos anos, destacava a necessidade de participação estatal quando fosse para defender a inferioridade do humilde, em qualquer setor do direito. El-lo que assevera: “Daqui o supremo direito e dever juntamente no Estado, em virtude do alto cargo de tutela e de educação que indeclinavelmente lhe compete, de interpor a sua autoridade para proteger as crianças da sórdida concupiscência dos pais e dos tratamentos brutais dos patrões, para impedir que o excesso de trabalho, a que se acham freqüentemente condenadas de um modo desapiedado, enerve precocemente o seu corpo, pervertendo seus costumes, abandone a sua cultura e deixe a sua alma sem religião e sem moral”, *op. cit.*, pág. 72.

(58) ORLANDO GOMES, *Direito Privado* (novos aspectos), Livraria Freitas Bastos, 1961, pág. 278.

(59) Secundado por BARASSI, DORVAL DE LACERDA vincula a vontade ao conceito de contrato. Diz ele: “A vontade do empregado, entretanto, qualquer que seja a natureza do contrato, é essencial. Ou vale para aderir ou vale, como nos casos, raros, de trabalhadores técnicos e especializados, dos quais o empregador mais necessita, para impor as condições que julga essenciais para o estabelecimento da relação. Tal princípio, já dissemos alhures (*O Contrato Individual de Trabalho*,

(Continua)

Mesmo nos centros de maior desenvolvimento cultural e econômico, a Europa, por exemplo, onde a pessoa humana destaca-se mais da figura "empregado", mesmo ali, há sufoco e embotamento na liberdade de contratar ou em dispor quanto às cláusulas do contrato. Aquilo que se apresentou como uma forma de garantir o exercício de tais prerrogativas, a convenção coletiva de trabalho, ⁽⁶⁰⁾ encarrega-se, paradoxalmente, de apagá-las. De fato, o empregado, ao incorporar-se na empresa, no caso que examinamos, poderá ter exercido a opção de escolha; poderá ter escolhido tal ou qual empresa para trabalhar. Mesmo assim, ao fazê-lo, não lhe será dado ajustar as cláusulas mais importantes do chamado contrato, eis que elas já foram estabelecidas previamente, sem consultas a seu interesse, por órgãos impessoais, sem coração, chamados sindicatos, que, de sua vez, assim procederam dentro de limites traçados pelo Estado.

O apego ao que restou da teoria clássica obriga os seus seguidores a envidar ingêntes esforços para enquadrar dentro dela a relação de trabalho. Há mesmo doutrinadores que, registrando a desconformidade, não abrem mão da expressão contrato. Ora, pois, lança-se mão dos recursos mais artificiais.

SCELLE, citado por GURVITCH, reconhece ser "a parte estatutária do contrato de trabalho, mesmo individual, infinitamente mais considerável do que a parte contratual". RIPERT é mais contundente, não obstante seu contratualismo: "o Direito Novo, codificado à medida que se cria, não conserva de contrato senão o ato inicial de eleição do trabalho", reconhecendo que, às vezes, nem este inicial é voluntário ⁽⁶¹⁾.

(Continuação da nota 59)

págs. 30 e 31), é tão real na prática, que aí se verifica que o contrato de um trabalhador puramente manual tem todas as características de um ato de adesão, enquanto que nos contratos dos técnicos, intelectuais e empregados classificados, se verifica um verdadeiro debate pré-contratual, tanto mais patente quanto maior importância técnico-profissional tenha o empregado contratante. Vê-se, pois, como salientou BARASSI, que não há uma contratualidade plena, mas há sempre contrato. Há conjugações de vontades, bastantes para nos levar a tal conclusão, eis que o debate contratual não é, como salientou SANSEVERINO, exemplificando com os contratos de seguro, de transporte, de fornecimento de água, essencial para que exista contrato.

Inferioridade econômica, desigualdade de vontade e, portanto, de autoridade na estipulação das cláusulas e condições, necessidade da contratação, intervenção estatal para assegurar o equilíbrio jurídico quanto às condições mínimas, contratualidade e destarte consensualidade — eis as conclusões de um rapidíssimo exame do acordo individual de trabalho. "A Renúncia no Direito do Trabalho", 3º v. da *Coleção de Direito do Trabalho*, Editora Max Limonad Ltda., São Paulo, págs. 129/130.

(60) A observação é do Prof. FERNAND VAN GOETHEN: "Per principio il contratto collettivo ha per risultato di limitare la libertà contrattuale nella misura in cui il contratto é destinato ad imporsi ai rapporti privati tra datori di lavoro e salariati". "Limiti della libertà contrattuale nella Disciplina dei Rapporti di Lavoro", in *Rivista di Diritto del Lavoro*, ano II, fasc. 3, 1950, julho/setembro, Giuffrè-editore, Milano, pág. 275.

(61) Apud RAFAEL CALDERA, *op. cit.*, pág. 5.

A atuação da liberdade e autonomia da vontade na relação jurídica entabulada entre empregado e empregador e a que, a partir de agora, para melhor precisão, chamaremos de relação de emprego (62), tem provocado, no campo do direito do trabalho, a mesma polêmica que se desenvolveu no direito civil: poder-se-ia classificar tal espécie de veículo jurídico de contrato? Pela sua etiologia, a relação jurídica poderia ser enquadrada no setor da teoria contratual.

A primeira observação que deve fazer, buscando resposta para a questão, é a de que, com efeito, o laço pessoal que junte as partes constitui meio permanente de vida para grande parte da população, fazendo-se distinguir de todas as demais relações de direito obrigacional, que, de modo geral, só satisfazem necessidades passageiras (63).

De outro lado, releva mencionar a sua maneira de formação que se distingue da formação normal das relações obrigacionais que exigem a participação consentida e livre dos contratantes. O chamado contrato de trabalho tem nascimento mesmo diante da ausência de tal consentimento, passando a ser a relação disciplinada não pelo estatuto que resultaria do encontro de vontades, mas sim por normas legais advindas do Estado.

Não se pode olvidar que o consentimento continua a ser elemento essencial, no negócio jurídico contratual, tanto que adiantam os doutrinadores que sem consentimento não há contrato possível, e em consequência, tampouco haverá contrato de trabalho. "Las normas generales del Derecho en lo tocante a esta materia son aplicables al contrato de trabajo. Los vicios que invalidan el consentimiento invalidan también el que se presta en este contrato" (64).

Aprofunda-se mais a ausência de contratualidade na relação negocial entre empregado e empregador se observarmos que a liberdade de contratar do obreiro encontra-se limitada ao entabular o negócio, em boa parte, pelas convenções coletivas que pairam sobre as relações de emprego, não lhe dando condições de rejeitar as disposições integrantes do acordo coletivo elaborado pela categoria sindical a que pertence.

Finalmente vamos encontrar mais uma vez o Estado. A ação estatal delimita, rigorosamente, o campo obrigacional, deveres e direitos

(62) COTRIM NETO, embora reconheça ser "por demais sutil a exatificação do instituto jurídico "relação de emprego", em face da confusão que habitualmente se faz entre ele e o próprio contrato de emprego", aventura uma definição geral de relação de emprego: "conjunto de atos executivos do contrato de emprego, e originadores de direitos nitidamente patrimoniais". *Contrato e Relação de Emprego*, Max Limonad, São Paulo, 1944, págs. 26/27.

(63) ERNESTO KROTOSCHIN, *Instituciones de Derecho del Trabajo*, vol. I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1947, pág. 279.

(64) ALFREDO GAETE B., AIDA BELMAR B. y RENATO BARRUETO H., *Modificaciones Introducidas por el Derecho Social al Derecho Civil*, Editorial Nascimento, Santiago — Chile, 1939, pág. 23.

de ambas as partes, buscando proteger o empregado. Tal proteção, com efeito, recai sobre o empregado, mas furta do empregador, quase que de forma absoluta, a faculdade de estabelecer as cláusulas ou condições essenciais da relação dita contratual.

Por tudo isso foi que o chamado contrato de trabalho afastou-se do direito civil, desgarrou-se dos códigos civis, passando a ter estatuto próprio, de acordo com as suas peculiaridades (65).

Desde há muito tempo, e levando-se em conta sua especialidade, vem sendo reconhecida pela doutrina a inconveniência do tratamento contratual da relação de emprego. Diz GUILLERMO CABANELLAS, a esse propósito, que "el contrato individual de trabajo, por el cual ambas partes contratantes, en un supuesto de igualdad, establecen libremente las cláusulas y condiciones que han de regir sus relaciones jurídicas, ha sido objeto de tremendas críticas por los doctrinarios del Derecho laboral. Frente a el se alzan las convenciones colectivas de condiciones del trabajo en que ya no son individuos aislados los que discuten las condiciones de los contratos, sino que se fijan reglas de orden general por los representantes de los intereses patronales y obreros" (66).

Os próprios autores que advogam a tese da natureza contratual da relação de emprego têm dificuldade ou lançam mão de complicados recursos para convencer da presença dos princípios tipificadores do contrato, na relação.

Diz-se que a liberdade de contratar resume-se no fato de as partes entrarem ou não em vinculação com as normas disciplinadoras da relação de emprego, de celebrar ou não o contrato de trabalho, p.e., se as partes decidem no sentido de relacionar-se, sua liberdade termina muitas vezes neste mesmo momento e todo o resto é uma consequência inevitável. Para conhecer os direitos e os deveres das partes neste caso, é suficiente, em geral, olhar a lei, e não é necessário ir até à vontade íntima dos indivíduos com respeito aos direitos e deveres. A restrição da autonomia da vontade — ainda na linha de pensamento dos contratualistas — mesmo se acentuando, dia a dia, não vem a se reduzir em menosprezo da pessoa humana, nem faz desaparecer aquela autonomia, tendo em vista que o indivíduo-pessoa não existe apenas como uma configuração jurídica abstrata, mas, efetivamente, ocupa uma posição na realidade social. Esses são os argumentos trazidos por ERNESTO KROTOSCHIN (67).

Perfilando entre os contratualistas, o nosso emérito Prof. A. F. CESARINO JR. diz "que o alargamento das disposições imperativas

(65) GUILLERMO CABANELLAS, *Los Fundamentos del Nuevo Derecho*, Editorial Americana, Buenos Aires, 1945, pág. 241.

(66) *Op. cit.*, pág. 238.

(67) *Op. cit.*, pág. 16.

da lei sobre o contrato de trabalho, restringindo a atividade das partes, não desfigura, na relação de emprego, o aspecto contratual, porque a autonomia da vontade estará a manifestar-se através do despontar, tão-somente, do livre consentimento para a formação do negócio" (68). Também não o desfigura a intervenção estatal em benefício do pólo hipossuficiente da relação.

JUAN D. POZZO é também de opinião que a intervenção estatal não atinge, a ponto de destruir, o princípio da autonomia da vontade, porquanto ele busca, unicamente, "evitar que por razones de predominio económico del mas fuerte e también, en ciertos casos, por interés del mismo empleado en obtener mayores ventajas, se abuse del principio de la libertad de contratar, no sólo en perjuicio del empleado, sino también de los intereses colectivos" (69).

Na literatura juslaboralista nacional, um dos autores que melhor enfrentou o assunto foi A. B. COTRIM NETO (70). Mesmo alinhando-se, ao final, com a corrente contratualista, reconhece ele que a relação obrigacional nasce "de uma condição da qual a lei faz depender a aquisição ou perda de direito" a que chamou de relação do emprego.

Como já tivemos ensejo de observar, há, entre juristas de escol, apego de tal forma exagerado à teoria do contrato, que se chega ao ponto de construir as mais irreais teorias para definir o princípio "autonomia da vontade". Isso porque tal princípio é, essencialmente, caracterizador na noção de contrato.

De fato, em alguns casos ou na minoria dos casos de vinculação entre empregado e empregador, quando aquele é portador de certa qualificação profissional e técnica, é dado vislumbrar uma vontade que atua com certa margem de liberdade. O técnico ou o profissional categorizado, de conformidade com a situação do mercado de mão-de-obra, poderá discutir, impor condições para a aceitação ou não do emprego que pretende ocupar. Várias opções lhe são abertas, dando-lhe ensejo de exercer a liberdade de escolha e de discutir as condições de trabalho; mesmo diante de normas provenientes de convenções coletivas e que venham de encontro à sua proteção.

Em casos que tais, não podemos desconhecer ocorrer o exercício da liberdade de contrato, atuando, automaticamente a vontade do empregado, mesmo diante do círculo de restrições impostas pela lei.

Não há desconhecer, então, poder-se falar de relação contratual, de contrato de trabalho, porque presente o elemento, o princípio essencial de tal figura jurídica.

(68) *Direito Social Brasileiro*, Freitas Bastos, 1957, pág. 52.

(69) *Op. cit.*, pág. 528.

(70) *Op. cit.*, pág. 30.

Isso, todavia, só vem de ocorrer nos casos acima mencionados. Quando se trata de empregado sem qualificação, sem instrução técnica, então a situação se inverte; ele sequer consegue emprego, sobretudo em mercado de trabalho de países subdesenvolvidos ou em fase de desenvolvimento.

A situação aqui é diferente. Tem, de um lado, a lei penal: para sua manutenção e da família, se a tem, precisa de trabalho; se não trabalha não pode sobreviver; e todavia não há trabalho, não há quem o queira empregar (71).

É quando o empregado "abocanha" (permita-se a expressão) o primeiro serviço que aparece, da forma que se lhe apresentar, pois ou trabalha ou morre de fome.

A relação de emprego, nessas circunstâncias, poderia ser qualificada como contrato, tendo em vista o elemento ou princípio qualificador desta figura? Onde a liberdade de contratar ou a autoridade da vontade, *in casu*? (72)

Só o desenvolvimento econômico poderá, na proporção em que for apresentando possibilidades de opção para o empregado, oferecer condições reais para o exercício (sempre relativo é claro) da liberdade de contrato e da autonomia da vontade, princípios umbilicalmente unidos.

Enquanto isso não ocorre, deve-se deixar de lado o apego a posições doutrinárias não mais consentâneas com a realidade social e qualificar os fenômenos jurídicos de forma coerente e real.

Comportar-se com realismo e coerência, no plano jurídico-doutrinário, é fazer como o faz RAFAEL CALDERA reconhecendo que em nem toda relação de emprego há contrato de trabalho. Será contrato, enquanto implicar em um acordo de vontade, seguido de mútuas contraprestações, estipuladas mediante direitos e deveres; será relação de emprego a relação jurídica que venha a surgir de fatos independentes do livre acordo entre as partes e que toma determinadas conseqüências quando se realiza a incorporação do trabalhador a seu trabalho (73).

(71) É a situação de todos os tempos; o operário sem qualificação sempre haverá de estar em tais circunstâncias. Oportuna a referência de FERNAND VAN GOETHEN: "L'esempio classico è fornito di lavoro liberamente dibattuto tra un grande datore di lavoro e un salariato che deve trovare nel lavoro il mezzo per sovvenire ai suoi bisogni più imperiosi: il salariato non può spettare: la fame lo perseguita ed egli deve nutrire sua moglie e i suoi figli". *Op. cit.*, pág. 271.

(72) V. ERNESTO KROTOSCHIN, *op. cit.*, pág. 16.

(73) V. RAFAEL CALDERA, *op. cit.*, págs. 9/10. Vale recordar, como o faz RAFAEL CALDERA, que a doutrina não chegou ainda a unanimidade com relação ao conceito de "relação de trabalho". Diz que "não faltaram, tampouco, discussões sobre a fundamentação da figura jurídica da relação de trabalho".

Daí, outrossim, a sabedoria do legislador da Consolidação das Leis do Trabalho ao apresentar as expressões "Contrato de Trabalho" e "Relação de Emprego", como sinónimos, permitindo a utilização de ambos os *nomen juris* na ocorrência das respectivas hipóteses de incidência.

Nem se diga que ver a relação de emprego sem natureza contratual corresponde a negar a dignidade de pessoa humana do empregado. Pelo contrário, negando-se a contratualidade nos casos em que nada de contratual existe na relação de emprego, dá-se ensejo a que se apliquem as normas cogentes do Estado, estatuídas justamente para dar proteção e garantir a dignidade de pessoa humana do empregado.

Destacamos esse ponto porque, de modo geral, muitos autores, ao abordar o tema, procuram sempre vincular a visão não contratualista a doutrinas totalitárias, a exemplo do que faz POZZO: "La doctrina es, en materia de régimen de trabajo, el reflejo de las doctrinas totalitarias que organizan la empresa sobre las mismas bases del Estado, estableciendo el principio de jerarquía de la empresa e él de la comunidad de exploración o sea la relación entre el caudillo (Führer) y su séquito, de acuerdo al ordenamiento del trabajo fijado por el Estado o Führer de la empresa, sin que la *voluntad* (grifo nosso) de las partes juegue en la relación" (74) (75).

Não procede a reação de POZZO. JOSÉ MARTIN BLANCO, embora reconhecendo, de início, que "la postura nacional socialista, que trató de transfigurar todo el derecho privado", com reflexo na teoria do contrato do trabalho, deu conotação política à teoria da relação de emprego, observa, contudo, que "el valor de tal construcción, si no en el orden práctico de su efectividad, en él que no logró toda su intensidad, es significativo para el orden jurídico privado no sólo en el aspecto terminológico, sino también en él sistemático y en él constructivo de los conceptos e instituciones de derecho" (76).

E mais; a elaboração da teoria de instituição não foi obra somente do direito alemão; tomou forma também na doutrina francesa, através de HAURIOU, como também na Itália com SANTI ROMANO, lembrando RIVA SANSEVERINO que, na teoria institucionalista, não existia absoluta incompatibilidade entre o conceito de contrato e o de instituição, admitindo-se a possibilidade da existência de instituições de origem contratual (77).

(74) POZZO, *op. cit.*, pág. 336.

(75) KROTOSCHIN, *op. cit.*, págs. 280/281.

(76) *El Contrato de Trabajo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, págs. 131/132.

(77) RIVA SANSEVERINO, *Curso de Direito do Trabalho*, tradução de ELSON GUIMARAES GOTTSCHALK, LTr-editora, 1976, págs. 114/115.

A precariedade da autonomia da vontade na relação de emprego forçou a tomada de outras "explicações" de sua natureza, afora a trazida na teoria da instituição.

Da constatação de que a relação de emprego vem se originar na efetiva prestação de serviço, e não no acordo abstrato de vontade e de que, mesmo assim, a prestação de trabalho implica uma conformidade de vontades, ainda que presumida, alguns autores, DEVEALI à frente, chegaram à teoria chamada de "contrato-realidade", hibridismo que buscou conciliar os restos da teoria clássica com a realidade social de nosso tempo (78) (79).

Por fim, refletindo a dificuldade na elaboração de uma teoria coerente e real, surgiu a teoria do "ato-condição", tão bem sintetizada pelo sábio Prof. CESARINO JR.: "Semelhante à teoria do "contrato-realidade" é a do "ato-condição" segundo o qual o engajamento (embauchage) "constitui o ato originário, essencial, base de todas as situações jurídicas". Preleciona, ainda, que "esta doutrina pode basear-se na classificação de DUGUIT, afirmando-se que "a relação de emprego é um ato-condição sob o aspecto material, e um ato-união, sob o formal, o que não exclui a possibilidade de haver relação de natureza contratual entre o empregado e o empregador"; ou ainda, que "a relação de emprego não é de natureza contratual, porque não estabelece, modifica ou suprime normas ou situações jurídicas individuais, subjetivas, não havendo, nela, diversidade de objeto e de fim" (80).

Depois da revisão que se fez de várias teorias; depois da análise que se fez da situação do empregado em diferentes momentos históricos; depois de se acompanhar, de forma resumida, a origem, o apogeu e o momento de crise ou desaparecimento da teoria contratual, outra não poderia ser a nossa conclusão do que aquela a que chegou JAYME LANDIM, em tese apresentada:

"O contrato tende a declinar e a desaparecer, absorvido pela instituição. Não faz mais lei entre as partes. Fá-la a autoridade pública que, legitimada no seu intervencionismo econômico, pode prescindir do consentimento ao determinar o conteúdo do vínculo. Para o conceito do contrato basta que se atenda à liberdade do consentimento na constituição da relação, não sendo mister, na determinação do conteúdo desta relação, observância da vontade autônoma, que gera o desequilíbrio e desnatura o fim social das convenções privadas" (81).

(78) CESARINO JR., *op. cit.*, pág. 36.

(79) CALDERA, *op. cit.*, pág. 7.

(80) CESARINO JR., *op. cit.*, pág. 37.

(81) Apud NELIO REIS, *Ateração do Contrato de Trabalho*, Freitas Bastos, 4ª edição, pág. 11.